



DES TRIBUNAUX

DE COMMERCE,

DES COMMERÇANTS

ET DES ACTES DE COMMERCE,

Par Louis Nouguier;

ET

TRAITÉ DE LA COMPÉTENCE,

PAR ORILLARD.

Ouvrages contenant : 1° L'organisation ancienne et actuelle des tribunaux de commerce et les réformes qu'elle nécessite ; — 2° Un traité complet des droits et devoirs des commerçants ; — 3° Les règles diverses concernant les actes de commerce : — 4° La compétence des tribunaux consulaires sur toutes les matières du droit ; — 5° La procédure suivie devant eux ; — 6° L'indication de tous les arrêts et de l'opinion des auteurs ; — 7° Un formulaire général des actes du ressort des tribunaux de commerce ; — 8° Le texte de la législation, lois, décrets, avis du conseil d'État, arrêtés ministériels, etc. ;—9° La table des noms des auteurs et des ouvrages que l'on peut consulter sur ces différents sujets.

ÉDITION AUGMENTÉE EN BELGIQUE

DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LÉGISLATION BELGES, ET MISE EN RAPPORT AVEC LES ÉDITIONS DU PAYS.

TOME PREMIER.

BRUXELLES,

SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE,

AD. WAHLEN ET COMPAGNIE.

PARTIE DE JURISPRUDENCE — H. TARLIER, GÉRANT.

1845

PRÉFACE.

Un jurisconsulte ancien et estimable, Rogue, en dédiant son ouvrage sur la *Jurisprudence consulaire* aux juges et consuls d'Angers, devant lesquels il postulait en qualité d'agréé, s'exprimait ainsi :

« La plupart des négociants n'ont des » contestations entre eux et ne se traduisent » à votre tribunal que parce qu'ils ne con- » naissent point assez les lois du commerce. » Mieux instruits, ils se jugeraient eux- » mêmes, et préviendraient des condamna- » tions souvent préjudiciables à leur cré- » dit. — C'est donc leur rendre service, et » conséquemment entrer dans vos vues, que » de leur donner un traité sommaire de la » jurisprudence consulaire. »

Ces paroles semblent faites surtout pour notre époque.

Depuis 1789, une rénovation complète a changé l'aspect de notre législation et la tendance de nos usages commerciaux. Les négociants, même les plus élevés, ont beaucoup à apprendre avant de connaître, dans toutes ses profondeurs, l'esprit des lois modernes qui régissent le commerce, et cependant cette étude est indispensable à qui veut marcher avec certitude dans les voies fécondes ouvertes par l'industrie aux spéculations légitimes et pures.

Dès lors, initier les justiciables à cette science du droit si périlleuse et si ardue, le tenter même, c'est bien mériter du commerce.

Le tribunal de commerce de Paris, placé à la tête des juridictions consulaires, marche avant tous à l'accomplissement de cette noble tâche. En effet, non-seulement il rend bonne et prompte justice, mais encore ses décisions, marquées au coin de l'expérience, éclairent les commerçants, leur apprennent leurs droits, leur dictent leurs devoirs, préviennent les contestations, et guident les autres juridictions dans l'accomplissement de leur honorable mission.

Désireux de prendre part à cette œuvre grande et difficile, j'ai longtemps étudié les traditions et les usages de ce tribunal, dont les enseignements m'ont instruit, dont les exemples m'ont soutenu, et j'ai fait un traité *des Tribunaux de commerce, des commerçants et des actes de commerce*.—Si je n'avais consulté que le sentiment intime de ma faiblesse personnelle, j'aurais laissé à d'autres, plus savants mais non plus dévoués, le soin d'écrire sur un sujet si important; mais l'accueil qu'a reçu mon ouvrage sur *les Lettres*

de change et effets de commerce en général, me fait croire que je puis produire quelque chose d'utile, me fait espérer la bienveillance de ce public auquel j'ai voué les efforts consciencieux de ma jeunesse, de mon intelligence, de mon activité.

Ici je dois exposer rapidement le but que j'ai poursuivi et les moyens que j'ai employés pour l'atteindre.

C'est déjà une longue et pénible entreprise que celle de tracer les règles propres à la juridiction commerciale ; — de dire les lois de son organisation, de sa compétence, de sa procédure ; — d'indiquer les moyens d'action sur lesquels elle s'appuie ; — de préciser les droits et devoirs des personnes qui, tournant dans sa sphère, lui servent d'agents et de satellites.

Mais s'arrêter là, ce ne serait pas embrasser ce vaste sujet dans son entier, ce serait en voir seulement une face, soulever la moindre partie du voile qui le couvre.

Écrire sur les tribunaux de commerce, c'est en quelque sorte faire un traité du droit commercial. A quelle matière de cette législation l'existence de la juridiction consulaire n'est-elle pas étroitement liée?

Cette juridiction entraîne dans son action judiciaire les commerçants et les actes de commerce. — Or, les commerçants, ce sont tous ceux qui font profession habituelle d'exercer des actes de commerce, et les actes de commerce ce sont : les achats de denrées et marchandises pour les revendre ; — les entreprises de manufactures, de commission, de transports, de fournitures, de travaux, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics; — ce sont les opérations de banque, les lettres de change et effets de commerce, les faillites, les cautionnements, les sociétés, les transactions du commerce maritime; — en un mot, ce sont tous ces actes si variés dans leur forme, si imposants dans leur ensemble, si admirables dans leurs résultats, qui font du négoce la gloire et la fortune des empires.

Voilà les importants sujets qu'il fallait nécessairement effleurer, sans pouvoir les approfondir.

Pour y parvenir, j'ai divisé mon ouvrage en cinq parties.

Dans la *première partie*, je démontre l'utilité si profonde et si réelle des tribunaux de commerce ; je rappelle l'histoire de leur institution; je remets en relief les règles organiques de leur constitution actuelle. — Là, je passe successivement en revue les personnes dont le concours est nécessaire au jeu régulier de cette magistrature; puis j'indique quelques réformes qui imprimeraient aux juridictions consulaires une nouvelle et salutaire impulsion. Ceci est, à vrai dire, l'aspect philosophique de cette étude intéressante.

La *deuxième partie*, et la plus longue, est consacrée aux commerçants, à leurs obligations, comme à leurs privilèges; à la définition et à l'examen des actes de commerce, explorés dans leurs moindres détails; à la compétence des tribunaux de commerce, et aux contestations dans lesquelles figurent des étrangers.

Dans la *troisième partie*, j'expose les formes, les délais, le caractère de la procédure commerciale; j'examine les voies de recours admises contre les jugements consulaires, et je précise les moyens de contrainte attachés à l'exécution de ces jugements.

Enfin la *quatrième partie* est destinée à devenir un formulaire général de tous les actes qui peuvent émaner des tribunaux de commerce, soit qu'ils agissent en corps et comme autorité judiciaire, soit que leur action se produise par l'intermédiaire de leur chef, de leur président, utilisant les pouvoirs particuliers que la loi lui confère.

Dans ces trois dernières divisions, se trouve développée la partie pratique de l'ouvrage.

Ici je m'empresse de le dire, si, en elle-même, mon opinion ne pourrait prétendre à une autorité considérable, par la conscience de mes travaux, par le nombre infini de mes recherches, par les puissants auxiliaires dont j'emprunte le secours, cette opinion acquiert une certaine valeur.

— En effet, tout en conservant une entière indépendance, en signalant comme des erreurs les doctrines que ma raison repousse, je place mes solutions sous la protection des auteurs les plus justement estimés et des monuments de la jurisprudence. Je regarde les décisions de la justice comme le complément indispensable de la loi : suivant la belle expression de Bacon: *Judicia anchoræ legum sunt, ut leges reipublicæ* [1].

C'est sous l'empire de cette pensée que je mentionne douze cent cinquante-cinq arrêts de la cour de cassation ou des cours royales, et l'avis de deux cent vingt-cinq jurisconsultes.

Telle est l'analyse substantielle du livre que je confie à l'indulgence des commerçants, des magistrats et des jurisconsultes.

Louis NOUGUIER.

[1] *Exemplum tractatus de justitia universali.* (*Aphorismus* 73.) — « Les jugements sont les ancres des lois, comme les lois sont les ancres de la république. » (Traduction de Lassale, ouvrage *De la dignité et de l'accroissement des sciences*, tome III, livre III, Aphorisme 72, page 449.)

DES

TRIBUNAUX DE COMMERCE,

DES COMMERÇANTS ET DES ACTES DE COMMERCE.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ORGANISATION ANCIENNE ET ACTUELLE

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

ET DES RÉFORMES QU'ELLE NÉCESSITE.

LIVRE PREMIER.

TITRE PREMIER.

DE L'UTILITÉ ET DE L'ORIGINE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

De l'utilité des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1 et 2. Nécessités qui ont fait créer les juridictions commerciales.
3. Citations, à ce sujet, de Nicodème, Jousse, Mézeray, Toubeau, Rogue.
4. L'expérience a justifié les prévisions et constaté l'excellence des résultats. — Statistique des causes commerciales à diverses époques.
5. On dit à tort que les juges de commerce décident en

æquo et bono. — Sous peine de fausser et d'amoindrir leur juridiction, ils doivent appliquer la loi. — Citations de Bacon, de Voltaire, de Jousse et de Nicodème.

6. Résumé des résultats par lesquels se manifeste l'utilité des tribunaux de commerce.
7. Reconnaissance que doit inspirer le dévouement de commerçants qui acceptent les fonctions consulaires.

« Sigismond, roy des Romains, voyant un cavalier courtisan, nommé Thraso, exalter jusqu'aux » cieux les tribuns des soldats, *tribunos militum*, et faire peu de compte des juges, comme des » juges consuls, il luy dit : Mon ami, si nous n'avions pas de tels juges, on n'aurait que faire » des soldats, et ils seraient inutiles, car les soldats ne pourraient subsister. »

(Jean Toubeau, *Institutes du droit consulaire*, tome Ier, liv. Ier, page 16.)

« Les affaires de commerce sont très-peu susceptibles de formalités : ce sont des actions de » chaque jour, que d'autres de même nature doivent suivre chaque jour; il faut donc qu'elles » puissent être décidées chaque jour. — Il en est autrement des actions de la vie, qui influent » beaucoup sur l'avenir, mais qui arrivent rarement. On ne se marie guère qu'une fois; on ne fait » pas tous les jours des donations ou des testaments; on n'est majeur qu'une fois. »

(Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XX, chap. XX.)

1. Il faut approprier les institutions aux choses qu'elles sont destinées à régir. — Ce principe, le fondement d'une bonne administration, d'une bonne justice, est surtout applicable aux litiges qu'enfante le commerce.

Le commerce a son langage particulier. Pour lui, une phrase, un mot contient le germe d'obligations importantes, dont le sens, obscur souvent, ne peut être sainement interprété que par des hommes dès longtemps initiés à en saisir les délicates nuances.

Les difficultés qu'engendrent les conventions commerciales résident le plus souvent dans le fait, et, alors même que la bonne foi y reçoit une atteinte, on y rencontre rarement ces subtilités, ces arguties de procédure, dont les procès civils nous offrent tant d'exemples.

D'ailleurs, comme le dit le *Praticien des Consuls*, dans les juridictions consulaires on distingue mieux qu'ailleurs l'homme de bonne foi d'avec celui qui veut tromper : on y connaît la plupart des négociants, et, si on ne les connaît pas, on s'en informe.

De là, pour le commerce, nécessité d'être jugé par ses pairs.

Cette vérité, banale aujourd'hui et dès longtemps comprise, se révéla au législateur, lorsque l'usage de la lettre de change se répandit dans le commerce. — Ainsi que le dit Jacquier en son Épître, on fut bientôt convaincu qu'en cette matière un marchand décide mieux que le plus profond jurisconsulte.

2. D'un autre côté, le commerce vit d'exactitude. — A jour fixe le négociant doit payer : pour accomplir ce rigoureux engagement, il faut qu'il soit lui-même protégé sur-le-champ contre l'inexactitude de ses débiteurs. Et puis, la multiplicité des transactions donne naissance à de nombreux débats, dont la solution doit être prompte pour être utile. — Quels que soient leur zèle et leur dévouement, les juges ordinaires, enlacés dans des formes pénibles et lentes, ne pourraient venir à bout de leur tâche et terminer les contestations commerciales.

De là, pour le commerce, nécessité d'une juridiction simple comme ses opérations, exempte de frais et de formalités, rapide comme le mouvement de ses affaires, et qui, suivant l'expression des docteurs, empêchant les procès de devenir *immortels*, relève les marchands de la longueur de la justice.

Nicodème, avec sa netteté habituelle, précise en peu de mots le but que l'on voulut atteindre et l'incontestable utilité des juridictions consulaires. « Elles n'ont été établies, dit-il, qu'après un mûr, long et sérieux examen des raisons, motifs, plaintes, demandes et suppliques employés pour l'obtention. Ces établissements sont l'ouvrage d'une politique consommée. Les lois qu'on y a attachées font l'éloge et du législateur et des illustres citoyens qui ont présidé à leur rédaction..... Il serait plus facile à un habile consul de devenir bon avocat, qu'il ne le serait à un bon avocat de devenir habile consul, parce que pour acquérir la science du consulaire il ne faut pas seulement en étudier les lois, mais encore pratiquer le commerce et être né avec l'esprit du commerce. Un habile consul a la clef des lois, tandis qu'un avocat n'a point la clef du commerce. » (*Exercices des commerçants*, Ire partie, pag. 158 et 159.)

Jousse traite avec une égale clarté le même sujet : « La juridiction des juges et consuls a été établie, dit-il, par un motif d'intérêt public, pour abréger et terminer promptement les procès qui surviennent entre les marchands et négociants ; pour juger sommairement et à peu de frais les contestations qui peuvent naître entre eux pour fait de leur commerce, sans être assujettis aux formalités et aux rigueurs des ordonnances. — Les rois, par cette sage précaution, n'ont pas voulu que les négociants fussent distraits de leur commerce, comme il arriverait souvent, par les longueurs inévitables qui se rencontrent et s'éprouvent tous les jours en la plupart des autres juridictions dans la poursuite des procès ordinaires. » (*Commentaire sur l'ordonnance du commerce*, tit. XII, page 288.)

De son côté Toubeau fait à ce sujet une remarque historique que nous ne saurions passer sous silence : « On goûta si bien d'abord l'avantage que le public recevait de l'établissement des juridictions consulaires, que le pre-

mier article des cahiers donnés par le tiers état de la province du Berri à ses députés aux états indistincts et convoqués à Blois en 1588, fut de demander la continuation et conservation de cette juridiction en sa splendeur et en ses privilèges, comme une des choses les plus avantageuses au bien public de la province. — Maréchal a dit, depuis, que l'établissement des juridictions consulaires est le plus avantageux qui eût été fait depuis un siècle. » (*Institutes du droit consulaire*, tome Ier, liv. Ier, tit. 1er, page 3.)

Mézeray aussi exaltait l'utilité des juridictions consulaires : « Pendant le calme apparent, dit-il, le chancelier de l'Hospital travaillait à de beaux règlements pour la police et la justice.....

» Un édit du mois de *décembre* 1563 [1] établit un siége judiciaire pour les marchands, composé d'un juge et de quatre consuls.....

» A l'exemple de Paris, dix ou douze des meilleures villes du royaume voulurent avoir une pareille juridiction, *et on s'en trouva fort bien*. En effet, s'il y en avait dans toutes, *et que la souveraineté de leurs jugements allât jusqu'à mille écus*, elle ferait sécher sur pied la chicane, qui meurt d'envie de mettre la main sur un morceau si gras, qu'est celui du commerce. » (*Hist. de Charles IX*, tome VIII, page 287 et 288, édit. de 1717. — *Praticien des Consuls*, page 247. — *V. aussi* Rogue, tome Ier, chap. Ier, nº 1, pag. 1 et 2.)

4. La juridiction consulaire n'a pas déçu l'espoir fondé sur son institution : un aperçu rapide de ses travaux suffira pour mettre en relief les bienfaits qu'elle répand sur le commerce.

Si le progrès est la suprême loi de nos sociétés modernes, s'il est le vœu des esprits éclairés et des cœurs généreux, c'est surtout en ce sens qu'il doit étendre sur tous et sur chacun cette aisance qui permet aux classes pauvres de s'éclairer par l'éducation, ce bien-être qui devient la sauvegarde des intérêts communs en éloignant d'elles les funestes inspirations de l'ignorance et du besoin. — Le commerce, qui touche de son niveau toutes les positions, qui donne à celui qui travaille une partie du superflu du citoyen oisif, le commerce est l'agent le plus actif de cette tendance vers une sincère égalité. Lui aussi, lui surtout, il marche à pas de géant dans cette voie du progrès, et quiconque suivrait l'espace qu'il a franchi serait émerveillé de la grandeur de ses conquêtes. Ce n'est ici ni le lieu ni le moment d'en tracer le tableau complet, mais qu'il nous soit permis de citer un exemple.

Paris n'est plus seulement un grand centre de consommation : l'industrie en a fait une ville de fabriques et de manufactures, expédiant ses produits dans toutes les parties du monde. Chaque jour accroît les sources de ses revenus, ajoute au bien-être de sa population, en augmentant le nombre de ses opérations. Comparez le nombre de ses affaires avec celui qui existait il y a cinquante ans, ou bien, pour mieux juger, et sans remonter si loin, comparez l'année qui vient de s'écouler avec celle qui va suivre : mettez en parallèle 1840 et 1841, et vous verrez alors toute la puissance de cette marche ascendante. — Ainsi, dans le premier semestre de 1840, les négociants de Paris exportaient 85,282 colis, représentant une valeur de 59,113,535 fr.; dans le premier semestre de 1841, les exportations se sont élevées à 93,773 colis, dont la valeur est de 70,200,351 fr.: l'augmentation est donc, sur le nombre, de 7,491 colis, et, sur la valeur, de 11,086,816 fr. — D'un autre côté, le nombre des commerçants s'accroît avec rapidité : en 1841, il existe 15,000 patentés de plus qu'il y a dix ans. (*Discours de M. le préfet de la Seine, en 1841, lors du renouvellement des membres du tribunal de commerce.*)

Et, qu'on le remarque, sauf les causes accidentelles, et toute proportion gardée, il en est toujours et partout de même.

Or, comme le nombre des procès est généralement en rapport du nombre des opérations, un accroissement considérable se fait également sentir dans les décisions de la justice. — Ainsi, en 1818, année fertile en procès, la juridiction consulaire de Paris dut expédier 19,181 contestations. (*Disc. de M. Martin d'André, prononcé en février* 1819.) Et l'on signalait alors ces résultats comme un prodige, tandis qu'en 1841, le tribunal de Paris a statué sur 40,934 litiges! Généralisons ces observations et poursuivons cette statistique, extraite des comptes rendus au roi, de l'administration de la justice civile en France.

En 1841, 165,324 affaires ont été soumises aux tribunaux, tant spéciaux que civils, jugeant commercialement, tandis qu'il en avait été introduit seulement 147,280 en 1838. et 103,157 en 1833. — Sur ce nombre total des causes, en 1841, 158,773 affaires ont reçu solution.

Maintenant, plaçons en regard de ces chiffres ceux qui ont été obtenus par les tribunaux de première instance. — En 1841, ils ont été saisis de 111,109 affaires nouvelles; il en restait arriérées, dans les cartons de leurs greffes, 55,003, ce qui présentait à juger un total de 166,112 causes, et ils en ont terminé 119,123. — Il existait donc, en 1841, en faveur de la juridiction consulaire, une différence de 39,650 affaires.

Cette différence serait bien plus forte si le nombre des tribunaux de commerce était plus considérable. — En effet, dans les 165,324 causes à juger en 1841, la part des 220 tribu-

[1] C'est du mois de *novembre* qu'est l'édit de 1563.

naux spéciaux était de 142,399, et celle des tribunaux civils, statuant commercialement, de 22,925 ou 14/100es seulement. — Enfin, et pour finir sur ce point, le tribunal de commerce de Paris, ainsi que nous venons de le dire, a terminé 40,934 contestations, alors que le tribunal de première instance de la Seine, qui avait à juger 13,751 affaires civiles, en a terminé 9,022 [1]. Et en 1842-43, le tribunal de commerce de Paris a été saisi de 44,162 causes (*Discours de M. Lebobe, prononcé le 26 août 1843.*)

A quelles causes faut-il attribuer cette énorme différence dans les résultats? Certes, le zèle des magistrats des tribunaux de première instance est aussi complet que possible : eux aussi ils apportent à l'accomplissement de leurs devoirs une abnégation, un dévouement sans bornes; mais la lenteur des formes de la procédure paralyse leurs intentions et nuit à la prompte expédition des affaires [2].

5. On dit souvent, au palais, et surtout devant les tribunaux de commerce, dont on croit justifier ainsi l'utilité, que ces tribunaux sont composés de juges ayant le pouvoir de suivre exclusivement les inspirations de l'équité, et de statuer sur les litiges, *ex æquo et bono*. C'est là une erreur bien grande et qui, si elle prenait racine, fausserait l'institution des juridictions consulaires. — Tous les magistrats, ceux qui statuent sur les questions de droit criminel, comme ceux qui jugent les affaires civiles, ceux qui résolvent les difficultés de l'ordre administratif, comme ceux qui décident les procès commerciaux, doivent, avec une égale attention, s'attacher à découvrir de quel côté se trouvent les sentiments honnêtes et respectables : mais cette étude est pour tous essentiellement accessoire. Lorsque la loi a parlé, lorsqu'elle a, par avance, dicté la sentence, il faut lui obéir, et les magistrats qui sont chargés de l'appliquer doivent, les premiers, donner l'exemple d'une intelligente soumission à son autorité. Sans doute il leur est pénible de sacrifier une partie digne de tout leur intérêt à l'astuce d'une autre partie qui, plus habile, a su mettre la loi de son côté. *Dura lex, sed lex!* C'est seulement quand le texte est obscur, quand le doute est permis, que les considérations morales doivent faire pencher la balance.

Ce sont là des principes d'éternelle justice, que nous enseigne Bacon. Il a dit en effet : « Les juges ne doivent jamais oublier que leur office est (*jus dicere* et non *jus dare*), *d'interpréter et d'appliquer la loi*, et non *de la faire*, ou, comme l'on dit communément, *de donner la loi*. » *Essais de morale*, chap. LII, tome XII des œuvres complètes, page 465.) Voltaire dit aussi : « Que les juges ne soient que juges et non maîtres; qu'ils soient les premiers esclaves de la loi, et non ses arbitres. » (*Politique*, tome Ier, page 126.)

Ces règles sont communes aux juges de commerce et aux juges civils. — Au surplus, sous l'ordonnance de 1673, Jousse les proclamait déjà : « Les juges consuls, étant destinés à rendre la justice, doivent étudier les règlements nécessaires à leur état; en effet, quoiqu'ils jugent ordinairement *ex æquo et bono*, néanmoins ils sont obligés de se conformer aux lois qui leur sont prescrites dans l'administration de la justice, et, pour cette raison, ils doivent en fair une étude particulière... L'ordonnance de Blois, art. 147, et la déclaration du 2 octobre 1610 obligeaient, en termes exprès, les juges consuls de se conformer aux lois et ordonnances du royaume, à peine d'être pris à partie. » (*Commentaire sur le titre XII de l'ordonnance de* 1673, pag. 349 et 350.)

Nicodème aussi les enseignait en ces termes : « On pardonne aux juges consuls de manquer quelquefois d'expérience dans les affaires mixtes; mais on ne leur pardonnera jamais de s'écarter des règles de leur jurisprudence, de méconnaître les vues du législateur et d'ignorer les lois particulières à leur institution. Pour être habile consul, il faut avoir l'esprit du commerce, se faire une étude des ordonnances, et ne jamais oublier qu'on ne peut contrevenir à ces ordonnances sans manquer aux premiers principes de la science consulaire. » (*Exercice des commerçants*, Ire partie, page 5, *in fine*.)

6. Ainsi, et en résumé, l'utilité des tribunaux de commerce se manifeste par les résultats suivants :—Les contestations commerciales

---

[1] Nous ne parlons pas des affaires correctionnelles et des instructions criminelles, qui sont en dehors du mouvement des affaires soumises aux cinq chambres civiles.

[2] Le ministre de l'intérieur demanda en 1807, au tribunal, des renseignements sur le nombre des affaires. La réponse, qui est du 30 janvier 1807, contient les renseignements suivants : En 1787, 1788, 1789 et 1790, le nombre des causes était d'environ 30,000 par an. — De 1763 à 1771, il s'était élevé, en moyenne, à 50,000. — De 1790 à l'an 7, ce nombre diminua beaucoup, 1° par l'institution des juges de paix, auxquels étaient dévolues les contestations entre les ouvriers et leurs maîtres, et celles qui n'excédaient pas 50 fr.; 2° par la division de la France en départements, qui réduisit le ressort du tribunal du département de la Seine, tandis qu'autrefois il s'étendait beaucoup plus loin, parce qu'il n'y avait de tribunaux de commerce établis qu'à trente lieues de Paris, 3° par l'effet de la révolution, qui amena des émigrations considérables dans la population et une stagnation dans le commerce. Aucuns documents certains ne permettaient d'ailleurs de donner un chiffre exact.

En l'an 7, l'État ayant établi un droit de placement au rôle pour chaque cause, le chiffre était facile à fixer — Six derniers mois de l'an 7, 18,911 causes: — an 8, 18,360; — an 9, 14,526; — an 10, 19,026; — an 11, 24,377; — an 12, 20,163; an 13, 20,064; — 1806, 22,784.

Jusqu'en 1814, le relevé étant presque impossible à faire, le chiffre ne peut être donné. De 1814 à 1820, il y a eu 104,194 causes, ou en moyenne 17,361 par an. — de 1820 à 1826, 162,942, ou en moyenne 27,157; — de 1826 à 1833, 201,489, ou en moyenne, 33,581; — en 1833, 19,922; — en 1834, 22,244; — en 1835, 25,292; — en 1836, 28,674; — en 1837, 35,717; — en 1838, 35,247; — en 1839, 49,709; — en 1840, 41,653. (Guibert, *Recueil des règlements des agréés*, page 82, en note.)

sont promptement terminées; — les décisions consulaires, éclairées par une expérience de chaque jour, sont conformes à l'équité, aux véritables principes et aux intérêts du commerce. — La rapidité de la procédure n'admet point de système dilatoire, écarte des mauvais débiteurs la pensée de résister par des chicanes à une réclamation légitime, débarrasse les tribunaux d'une masse considérable de procès, qui rendrait difficile la distribution de la justice, et réalise la vieille maxime: *A peu de chose peu de plaid*. — Les frais étant minimes, tous les justiciables peuvent défendre leurs droits, et n'ont pas à redouter de rencontrer, dans un tarif élevé, une sorte de déni de justice. — Enfin, les négociants ne sont pas distraits du soin de leurs graves intérêts, pour surveiller les errements obscurs d'une interminable procédure.

7. Aujourd'hui l'épreuve est faite et l'utilité des tribunaux de commerce est à l'abri de toute discussion. — La juridiction consulaire a traversé les plus mauvais jours : seule elle est restée debout, quand les révolutions ébranlaient les institutions les plus respectables, comme celles qui renfermaient des abus. — La monarchie absolue, la république, l'empire, le gouvernement représentatif l'ont entourée d'un égal respect, d'une semblable protection. — Dans les temps d'anarchie, où les privilèges, même légitimes, étaient tenus pour une atteinte portée aux droits de la nation, il semble que l'on ne se soit occupé d'elle que pour la consolider, que pour accroître sa puissance.

Pourrait-il en être autrement? Pourquoi donc inspirerait-il la haine, ou l'envie, ce corps qui se suffit à lui-même sans être une charge pour l'État? Comment ne pas espérer une heureuse solution des procès, quand on la voit confiée aux lumières des notables commerçants, à l'expérience d'hommes vieillis dans la pratique des affaires? Comment n'obtiendraient-ils pas une place honorable dans le pays, ces citoyens désintéressés qui abandonnent leurs occupations, se livrent à de rudes travaux, n'ont pour mobile que le bien public, et jouissent, pour toute récompense, de la conscience d'avoir noblement accompli un pénible devoir?

CHAPITRE II.

De l'antiquité et de l'origine des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. C'est un devoir pour le magistrat d'apporter tout son zèle à la prompte expédition des procès. — Loi salique. — Capitulaires.

En France, on est longtemps avant de reconnaître l'urgence des causes commerciales. — On les met au rang des causes extraordinaires. — Édit de 1535 par François Ier.

2. Cette pensée d'une prompte justice commerciale existait dans l'antiquité. — Témoignages d'Aristote, de Xenophon, de Démosthènes, qu'elle n'était pas inconnue en Grèce.

Loi romaine qui la mentionna également.

3. Pourquoi ni l'Angleterre ni les Pays-Bas n'ont de juridiction commerciale, malgré l'importance de leur commerce.
4. C'est de l'Italie que les juridictions consulaires vinrent en France. — Citations de E. Vincens et de Bornier.
5. Le Parloir aux bourgeois, à l'hôtel de ville. — Sentence de 1291.
6. Foires de Champagne et de Brie. — Édit de 1349. — Juges conservateurs des foires. — Citation de Savary. — Principes de leur juridiction. — Tarifs des frais devant les juridictions consulaires.
7. Rois des marchands ou des merciers. — Citation de Loyseau.
8. En 1462, *conservation* de Lyon. — Citations de Savary et de Denizart.
9. En 1565, renouvellement de la juridiction consulaire de Marseille.
10. Créations successives. — Rectification de l'erreur de Merlin, qui attribue l'édit de 1549 à François Ier, mort en 1547. — C'est Henri II qui est l'auteur de cet édit.
11. Édit de 1560, par lequel François II renvoie toutes les causes commerciales devant arbitres. — Inexécution de cette loi.
12. Charles IX, par l'édit de 1563, crée la juridiction de Paris. — Origine du nom de *consuls*, donné aux magistrats. — Citations de Toubeau, du *Praticien des consuls* et de Denizart.
13. Luttes entre les juges consuls et les juges ordinaires qui veulent anéantir les juridictions nouvelles. — Détails historiques à ce sujet.

14. Créations de nouveaux siéges. — Ordonnance de 1673.
15. Révolution de 1789. — Loi du 24 août 1790. — Tribunaux de commerce remplaçant les juridictions consulaires.
16. Oubli de la constitution de frimaire an 8. — Singulière explication d'un avis du conseil d'État du 28 prairial an 8.
17. Code de commerce. — Chartes de 1814 et de 1830. — Loi du 3 mars 1840.
18. Plan général de l'ouvrage.

1. La prompte expédition des procès est une nécessité dès longtemps éprouvée. En tous temps le législateur a compris que le but vers lequel il devait tendre, c'était la simplification de la procédure, et qu'il fallait inspirer aux magistrats chargés de distribuer la justice un sentiment assez vif de leurs devoirs pour qu'aucun obstacle ne pût les entraver dans l'exercice de leurs fonctions. — A côté de ces exhortations, se trouvait la sanction pénale. La loi salique condamnait à l'amende les juges qui retardaient l'expédition des affaires : en outre, les *capitulaires* de Charlemagne et de Louis le Débonnaire disposaient, dans leur article 156, livre VII, que cette amende, dont le fisc profitait, serait égale à la somme dont il était question dans l'affaire litigieuse.

En France, on fut longtemps avant de reconnaître que les causes des marchands requièrent plus de célérité que les autres. — Les motifs de cette indifférence première sont faciles à comprendre. Le commerce, comprimé par la puissance féodale, arrêté dans son élan par nos guerres avec les étrangers et par les dissensions intestines, funestes résultats de l'intolérance religieuse; le commerce, disons-nous, était si restreint, qu'il se réduisait, en quelque sorte, à l'approvisionnement des localités, et qu'il ne pouvait engendrer de bien graves contestations. Cependant, et malgré leurs minimes proportions, on sentit bientôt qu'il fallait les protéger par des ordonnances particulières. On les mit au rang des *causes extraordinaires, qui se doivent juger à tous jours et saisons non plaidoyables.* — Comme les Romains, on pensa qu'elles devaient être traitées sommairement, *extra ordinem, levato velo, de plano, sine strepitu judicii.* — François I[er], dans son édit de 1535, disait « qu'en ces matières on avait accoutumé de juger sommairement *et sans figure de plaid,* » c'est-à-dire sans que les parties fussent admissibles à soulever des incidents de procédure.

2. Du reste, cette pensée d'une prompte justice, sur laquelle repose l'institution des tribunaux de commerce, comme aussi le désir de soumettre les négociants à la juridiction de leurs pairs, ne sont pas de date nouvelle : l'antiquité nous en offre plus d'un exemple.

C'est sous l'empire de cette idée que les Grecs, au témoignage d'Aristote, appelaient ἐρανικὰ, ἐμπορικὰ, les sentences de leurs prévôts des marchands, lesquelles par l'effet de leur seule promptitude, étaient aussi *charitables qu'équitables.*

De ce sentiment profond d'une justice expéditive à l'établissement des juridictions consulaires, il n'y avait qu'un pas.

Xénophon éprouvait aussi ce sentiment, quand il disait : « Proposez des gratifications aux juges du tribunal du commerce qui termineraient les procès avec le plus d'équité et de célérité, de manière que celui qui voudrait partir ne fût pas arrêté. » (*Des Revenus de l'Attique*, ch. III.) — Xénophon sentait le besoin de la juridiction consulaire. (Montesquieu, *Esprit des Lois*, tome II, liv. XX, chap. XX, p. 281; — Nicodème, *Exercices des Commerçants*, I[re] partie, page 2.)

Démosthènes, dans ses *Oraisons* contre Apaturius et Phormion, nous apprend qu'il existait à Athènes des magistrats particuliers pour les litiges commerciaux. — Cela est confirmé par Athénée — Ces juges, appelés Ναυτοδίκας, se transportaient dans les navires, entendaient les différends des marchands, et, afin qu'ils ne fussent point dérangés du soin de leurs intérêts, décidaient immédiatement.

A Rome, il y avait également dans chaque métier des juges établis pour statuer entre les personnes du même métier, sur les débats qui pouvaient en provenir : leur juridiction était absolue, et il était impossible de s'y soustraire. « *Periniquum et temerarium esse perspicimus, eos, qui professiones aliquas seu negotiationes exercere noscuntur, judicum, ad quos earum professionem seu negotiationum cura pertinet, jurisdictionem et perceptionem declinare conari.* » (Corpus juris civilis, *de juridictione omnium judicum, et de foro competendi*, lib. III, tit. XIII, page 195.)

3. Si les législateurs de la Grèce et de Rome ont senti l'utilité, disons mieux, la nécessité d'une juridiction commerciale, le besoin de cette institution s'est également manifesté au législateur de presque tous les États modernes. Cependant, « ni l'Angleterre, ni les Pays-Bas, quoique le commerce ait beaucoup plus contribué à la prospérité de ces pays qu'à celle de la France, et quoique les Pays-Bas lui dussent leur existence politique, n'ont jamais connu de pareilles juridictions consulaires. — Les villes hanséatiques, qui ne sont, à vrai dire, que des bourses de négociants non soumises à un souverain, n'en ont pas même eu jusqu'à leur réunion momentanée à la France. » (Meyer, *Institutions judiciaires*, tome II, page 588.)

Cette exception n'infirme en rien l'autorité du principe ; elle s'explique et se justifie par la situation particulière de ces deux nations. — En Angleterre, le commerce est la profession de la majeure partie des citoyens, qui sont aussi membres du jury : pourquoi, dès lors, aurait-on créé des juridictions consulaires, quand toutes les

contestations sont soumises à des jurés, parfaitement initiés aux pratiques commerciales? — Dans les Pays-Bas, où la justice est rendue par une magistrature élective, pourquoi distraire les affaires de commerce des tribunaux ordinaires, alors que l'élection fournit à ces tribunaux des juges, commerçants par profession?

4. C'est de l'Italie, ce berceau du commerce moderne, que nous vinrent les juridictions consulaires; à l'époque des croisades, lorsque les républiques italiennes répandirent en Orient leurs opérations commerciales, on vit se former des juridictions basées sur ces principes. E. Vincens le dit avec raison : « Dès le temps que les Italiens étaient venus en France former des colonies commerciales, ils avaient obtenu des juges spéciaux, accordés par l'autorité publique pour assurer une plus prompte et plus rigide exécution des marchés. »

Déjà Bornier, dans ses *Conférences sur l'Ordonnance du commerce*, tome II, page 176, nous avait enseigné que les juges et consuls avaient été créés en France à l'instar de ceux que l'on avait coutume d'établir en Italie, et il avait cité à l'appui de cette assertion les jurisconsultes du pays, notamment *Bartole*, *Balde de Péruse*, *Jason Milanais*, *et Salicat*, lequel vivait en 1400 et atteste qu'on ne pouvait être élu juge et consul qu'après vingt ans révolus, ce qui est le signe d'une institution déjà organisée.

5. En étudiant avec soin les enseignements de notre histoire, on voit la juridiction consulaire s'associer au progrès du commerce et s'étendre avec lui sur tous les points du royaume.

Sous la première, la seconde et une partie de la troisième race de nos rois, le commerce était en son état d'enfance. Des échanges restreints, les achats nécessaires à des individus réunis en sociétés, des exportations minimes et très-rares, voilà le cercle étroit dans lequel étaient renfermées ses opérations. — Aussi voyons-nous la distribution de la justice commerciale livrée, comme toutes les autres, au bon plaisir des hauts et puissants barons.

Cependant, le *Praticien des consuls* atteste que la juridiction consulaire de Semur fut établie en 1222 (page 55), et au XIIIe siècle il existait aussi à Paris une juridiction des marchands que l'on appelait *Parloüet aux bourgeois*, Parloir aux bourgeois). Chopin, dans le premier livre de son *Commentaire sur la coutume de Paris*, nombre 12, rapporte une sentence rendue en 1291 en cette juridiction, où présidait alors Jean Arrode, qui prenait la qualité de *Prévost de la marchandise de Liaue de Paris*. — Il existe encore dans l'hôtel de ville les statues de six sergents, qui portent la qualité de *sergents au Parloir des bourgeois*.

6. Vers le milieu du XIVe siècle, un mouvement de progrès se fit sentir : les six célèbres foires de Champagne et de Brie étaient le lieu de trafic le plus fréquenté : leur prospérité était due aux priviléges dont on les entourait, et que vint confirmer et étendre l'édit de Philippe de Valois du 6 août 1349. — Cet édit jeta les fondements des tribunaux de commerce. Il décida « qu'aux gardes de la foire appartenaient la cour et connaissance des cas et contrats advenus ès dites foires. »

Savary, *Dict. du comm.*, v^o *Juge conservateur des foires*, tome II, page 588, définit le caractère et les attributions de ces gardiens des foires : « On appelle ainsi, dans le commerce, un juge établi pour maintenir et conserver les priviléges des foires, et pour connaître des contestations qui y surviennent entre marchands, ou autres personnes fréquentant lesdites foires, et y faisant négoce.

» C'est aux premiers comtes de Champagne et de Brie que le commerce est redevable de l'établissement de ces sortes de juges. »

Comme de nos jours, quatre principes essentiels distinguaient ce tribunal de tous les autres, on avait en vue et l'on avait exigé :

1° L'expérience des juges dans les opérations du commerce :

2° La simplicité dans les débats entre les parties;

3° Une procédure expéditive et peu coûteuse [1];

4° La rapidité dans l'exécution des jugements.

Et, comme le remarque Gillet, *Vœu du tribunat*, 8e discours, n° 2, telle était la nécessité de cette disposition, qu'elle l'emporta, par la force seule de la raison, sur les jalousies de pouvoir alors si multipliées; les seigneurs ab-

---

[1] On peut en effet juger, par le mémoire suivant, cité par Nicodème, première partie, page 87, et par le *Praticien des consuls*, combien peu de frais étaient prélevés par les juridictions consulaires.

MÉMOIRE des droits qui se lèvent dans la juridiction consulaire de Paris.

« Pour la présentation du demandeur, cinq sols.

» Pour la présentation du défendeur, cinq sols.

» Pour le droit d'appel de cause, attribué à l'office de premier huissier, deux sols six deniers.

» Pour les sentences et autres expéditions du greffe, deux sols, du rolle de quinze à seize lignes à la page et trois mots à la ligne.

» Pour le droit des controlles des dépens taxés par les sentences ou par exécutoires, six deniers pour livre.

» Pour le droit de garde des archives, réuni à l'office de controlleur des dépens, six deniers pour livre des dépens taxés.

» Pour le droit de syndic des procureurs, pareillement réuni à l'office de controlleur des dépens, un sol pour livre des dépens taxés.

» Pour le scel de chacune sentence, portant condamnation de cent livres, et au-dessus, vingt sols.

» Pour le scel des sentences au-dessous de cent livres jusqu'à cinquante livres, dix sols.

» Pour celles au-dessous de cinquante livres, six sols.

» Pour le controlleur des greffes, six deniers pour livre de tous les droits du greffe.

» Je soussigné, greffier du consulat de Paris, certifie le présent mémoire véritable. Fait ce 15 avril 1715. »

Signé VERRIER.

diquèrent sur ce point leur droit de justice et se soumirent à l'ordonnance d'un commun accord. — « Pour ce, dit le préambule de cette loi, s'accordèrent prélats, princes, barons, chrétiens et mécréans, en eux soumettant à la juridiction d'icelles foires, et y donnant obéissance. »

7. Au commencement du XVIe siècle, on établit une espèce de juges, qu'on appelait *rois des marchands* ou *des merciers* : ils avaient quelque juridiction sur les marchands, et droit de visite sur les marchandises et aunages. — C'était le grand chambellan qui commettait à cette charge : Mornac dit qu'en 1597 ces rois des marchands furent chassés des foires et que les parlements les firent casser. — Au surplus, si l'on veut en savoir davantage sur ce point, on peut lire Loyseau, *des Seigneuries*, chap. IX, nomb. 30

8. Dans ce même siècle, les foires de Champagne, transférées à Lyon, y portèrent avec elles leur juridiction, qui fut régie par l'édit de 1462, et à laquelle fut donné le nom de *Conservation du commerce de Lyon*.

Savary dit encore à ce sujet : « *Juges conservateurs de Lyon*.—De tous les juges, gardiens et conservateurs des franchises des foires, qui sont présentement en France, il n'y en a pas de plus célèbres que ceux de la ville de Lyon, ni dont les privilèges soient plus autorisés, la juridiction plus indépendante et plus étendue, et la réputation mieux établie, tant dehors, que dedans le royaume.

» Ces juges, depuis leur établissement, ont, pour ainsi dire, passé par quatre états différents.

» Lorsque les deux premières foires de Lyon furent établies en 1419, sous le règne de Charles VI et ensuite augmentées d'une troisième sous Charles VII en 1443, elles eurent des gardes conservateurs, tels qu'en avaient les foires de Champagne et de Brie, sur le modèle desquelles cet établissement fut fait, c'est-à-dire, des gardes en commission, et non en titre d'office.

» Louis XI, ayant ajouté en 1462 une quatrième foire aux trois autres accordées aux habitants de cette ville par ses prédécesseurs, en ôta la garde aux anciens conservateurs et l'attribua au bailli de Mâcon, alors sénéchal de Lyon, ou à son lieutenant ; à la charge néanmoins de juger sommairement, comme les gardes avaient fait auparavant, et de terminer les débats sans longs procès, ni figure de *plaids*. » (J. Savary, *Dict. du comm.*, v° *Juges conservateurs des foires de Lyon*, tome II. p. 589. — Denizart, *Conservation de Lyon*, tome Ier, pag. 646 et 647.)

9. Comme Marseille est restée longtemps sous la domination des Romains, les juges des marchands s'y sont en quelque sorte perpétués, et l'édit de Charles IX, de 1565, les confirma, renouvela leurs réglements, mais ne les établit pas.

10. Plus tard, à mesure que les bienfaits de cette institution se firent sentir, on en constitua de semblables dans les cités où le commerce acquérait de l'importance.—En 1549 Henri II [1] appela Toulouse à jouir d'une juridiction analogue.

11. François II, dont le règne et la vie furent si courts, s'attacha néanmoins au règlement des procès des marchands; il organisa pour eux un tribunal arbitral : son édit d'août 1560 est trop remarquable, dans ses motifs du moins, pour que nous omettions d'en rapporter ici le texte :

« François, etc., etc..... Le désir que nous » avons de faire vivre en repos nos sujets, nous » fait penser tous les jours à de nouveaux » moyens pour empêcher la naissance des procez, et aussitôt qu'ils sont meus, les éteindre. » Et d'autant qu'il n'y a rien qui plus enrichisse » les villes, païs et royaumes, que le trafiq de » marchandise laquelle est appuiée et repose entièrement sur la foy des marchands, qui le » plus souvent agissent de bonne foy entre eux, » sans témoins et notaires, sans garder et observer la subtilité des loix : dont s'ensuit qu'aucuns cauteleux et malicieux, au lieu de payer » ou faire payer ce qu'ils ont promis, travaillent » par procez ceux avec lesquels ils ont négocié, » et les distraient de leurs marchandises; tellement que l'assurance et confiance des uns aux » autres est par ce moyen tollue, et le train de » la marchandise diminué et ancanti.

» Pour à quoi obvier et remedier, par l'avis » des princes de nostre sang, et gens de nostre » conseil étant auprès de nous, avons statué et » ordonné, statuons et ordonnons : que doresnavant nos marchands ne pourront tirer par » procez les uns des autres pour fait de marchandise pardevant les juges ou autres; ains » seront contraints d'élire et s'accorder de trois » personnages, ou plus grand nombre, en nombre impair, si le cas le requiert, marchands » ou d'autre qualité, et se rapporter à eux de » leurs différens : et que ce qui sera par eux » jugé et arbitré tiendra comme transaction et » jugement souverain.

» Et seront tenus les juges, à la requête des » parties, mettre ou faire mettre à exécution » tels jugements, sommairement et de plain, et » sans figure de procez, comme s'ils étaient » donnés par eux.

» Et au cas où lesdites parties ne voudraient » ou pourraient convenir desdits personnages,

---

[1] Et non François Ier, mort en 1547, auquel Merlin, d'après Guyot, *Répert.* v° *Consuls des marchands*, § Ier, tome III, page 13, et Boncenne, *Théorie de la Procédure civile*, tome Ier, page 355, attribuent, par une erreur évidente, la création de la juridiction de Toulouse.

» en ce cas le juge ordinaire du lieu les y contraindra : et au refus ou délay de les nommer, » les choisira et nommera sans que les parties » soient receues à appeler de ladite nomination.

« Si mandons, etc., etc. »

Cependant, comme cette loi froissait le vœu des commerçants, qui n'avaient pas toujours la possibilité de trouver des arbitres éclairés et probes; comme elle amoindrissait aussi les prérogatives des juridictions ordinaires, tous les intéressés réclamèrent, et, malgré les bonnes intentions dont elle portait le germe, la loi fut méconnue, et les procès commerciaux firent retour aux juges civils.

12. Mais bientôt une nouvelle institution, organisée par une main puissante, s'établit dans Paris. Ce fut en 1563, et par Charles IX, que cette ville fut à son tour dotée d'une juridiction consulaire. — C'est avec un vif intérêt que l'on se rappelle les motifs que donnait le chancelier de l'Hospital lorsque, dans son édit de novembre 1563, il imprimait à ce tribunal une organisation si vigoureuse, qu'elle est encore aujourd'hui consultée avec fruit. On lit dans le préambule de l'édit : « Sur la requête et remontrances à nous faites en notre conseil, de la part des marchands de notre bonne ville de Paris, et pour le bien public et abréviation de tous procès et différends entre marchands, qui doivent négocier ensemble de bonne foi, sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances, avons..., etc. »

Les membres de cette juridiction nouvelle furent appelés juges et consuls : de là le nom de *juridiction consulaire*, qu'on a toujours donné depuis et qu'on donne aujourd'hui encore aux tribunaux de commerce.

Sur ce nom, Toubeau fait une judicieuse observation : « Il y a apparence que Charles IX, en établissant des juridictions consulaires, voulut nommer les juges qui devaient les exercer, *consuls*, à l'exemple des Romains, qui donnaient ce nom à leurs premiers magistrats. — En effet, le mot *consul* vient de *consulere*, qui veut dire *veiller*, et il convient en ce que, de la même manière que les anciens consuls veillaient au gouvernement de la république, de même aussi nos consuls veillent au bon ordre du commerce et donnent tous leurs soins au public. » (*Institutes du droit consulaire*, préface; *Praticien des consuls*, page 246; Denizart, v° *Consul*, page 671, tome Ier.)

13. L'établissement des juridictions consulaires, accueilli par les commerçants comme un bienfait véritable, était vu avec défaveur par les juges ordinaires. Considéré par ces derniers comme un empiétement sur leurs fonctions, ils espérèrent en triompher, ainsi qu'ils avaient triomphé de l'arbitrage forcé. On sait combien l'esprit de corps était puissant à cette époque où les attributions de chaque autorité n'étaient pas clairement définies.

Pour prévenir une lutte dont la crainte entrait dans ses prévisions, l'édit de 1563 s'empressa de faire la séparation des pouvoirs. L'art. 3 dit : « Connaîtront lesdits juge et consuls des » marchands de tous procès et différends qui » seront ci-après mus entre marchands, pour » fait de marchandise seulement, leurs veuves » marchandes publiques, serviteurs et commettants, tous marchands, soit que les différends » procèdent d'obligations, cédules, récépissés, » lettres de change ou crédit, réponses, assurances, transport de dettes et novations d'icelles; calculs ou erreurs en iceux, compagnies, » sociétés ou associations à faire, ou qui se feront » ci-après. *Desquelles matières ou différends* nous » avons, de nos pleine puissance et autorité » royale, *attribué et commis la connaissance, jugement et décision auxdits juges et consuls et aux* » *trois d'eux* PRIVATIVEMENT A TOUS NOS JUGES..... » *Exceptés toutesfois et réservés les procès, de la qualité susdite déjà intentés et pendants par-devant* » *nos juges*, AUXQUELS NÉANMOINS ENJOIGNONS DE » LES RENVOYER DEVANT LESDITS JUGE ET CONSULS DES MARCHANDS, *si les parties le requièrent* » *et consentent.* »

A cet énergique langage, on reconnaît la volonté si ferme de l'Hospital; par cette réforme incisive, il avait entendu poser des limites au droit de chaque juridiction; et néanmoins, malgré ses prescriptions impératives, la lutte redoutée s'établit, une sorte de ligue se forma, et rendit nécessaire l'intervention de la puissance royale. Comme dit l'*Instruction générale sur la juridiction des marchands* : « L'édit de 1563, quoique salutaire, et pour mieux dire, si nécessaire au public, a été néanmoins traversé par les lieutenants civils, prévôts, baillifs sénéchaux, et autres juges ordinaires, qui n'ont pas laissé de s'y opposer toujours, et d'essayer d'en empêcher le cours et l'exécution, même de l'étouffer, s'il leur eût été possible, quasi dès sa naissance. » (Pages 1 et 2.)

A Paris, le prévôt et ses lieutenants, à Pontoise, Senlis, Meaux, Melun, et dans une foule d'autres villes les juges ordinaires, avaient organisé une résistance commune à la distribution de la justice par la juridiction consulaire. Ils interdisaient aux sergents de leur ressort d'ajourner les parties devant elle, répondaient des requêtes faisant défenses d'exécuter les sentences des consuls, élargissaient les prisonniers détenus en vertu desdites sentences.

Ces abus se multiplièrent à tel point, le cours de la justice fut si compromis, que le commerce, attaché à ses nouveaux magistrats, pris dans son sein et choisis par lui, fit entendre les plus violentes clameurs et appela de ces excès à l'autorité du roi : autant il avait mis de froideur à défendre l'arbitrage forcé, autant il employa de zèle à protéger sa juridiction naissante. Le chan-

celier l'Hospital, accueillit ses plaintes, et, déterminé à faire respecter ses lois, il rendit, à la date du 28 avril 1565, une nouvelle déclaration qui contient les dispositions suivantes : d'abord le roi expose qu'il cède aux justes remontrances des marchands, entendus par leur délégué; — Ensuite il constate que les juges ordinaires entreprennent sur les juridictions consulaires, *sous couleur* que le pouvoir attribué à ces derniers n'est si amplement et particulièrement déclaré par l'édit de création. — Pour éviter toute discussion semblable à l'avenir, il définit avec beaucoup de soin les attributions des juges et consuls. — Cela posé, il ordonne que les marchands *seront convenus appelés et jugés devant eux nonobstant les fins d'incompétence que les parties pourraient acquérir en vertu de lettres de* COMMITTIMUS *par-devant les gens tenant les requêtes de l'hôtel, ou les requêtes du palais.* — Pour assurer l'exécution de cette disposition, les consuls sont armés d'un pouvoir de correction. On lit dans la déclaration :

« Et au cas de contravention, avons permis » et permettons auxdits juges et consuls des » marchands, procéder contre les parties con- » damnées par mulctes et amendes pécuniaires, » appliquables moitié aux pauvres de l'aumône » générale de ladite ville, et l'autre moitié pour » l'entretenement de la place commune desdits » marchands, pourvu que lesdites amendes » n'excèdent pas la somme de dix livres tour- » nois. »

En déterminant ces règles, la loi nouvelle n'avait accompli que la première partie de sa tâche : elle avait solidement assis les bases *de la compétence* commerciale. Restait encore à protéger *l'exécution* des sentences rendues. — Sur ce point, la déclaration reconnaît les entraves apportées à cette exécution et prend les mesures nécessaires. Voici ses termes :

« Et, pourtant, qu'au moyen desdites défenses » faites par aucuns de nos juges, plusieurs de nos » sergents ont refusé et refusent faire les exploits » et ajournements qui leur sont présentés à » faire par lesdits marchands, les uns contre les » autres, pour fait de marchandise, assister aux » siéges desdits juges et consuls pour le service » de justice, et exécuter leurs commissions, sen- » tences et mandements, encore qu'il leur soit » par exprès enjoint par notredit édit : Nous, » en levant lesdites défenses, comme faites contre » nos vouloir et intention, avons derechef en- » joint, et par exprès commandons à nosdits » sergents, d'assister aux siéges desdits juges et » consuls, quand requis en seront : et outre, » faire tous exploits et ajournements qui leur » seront, comme dit est, baillés à faire par les- » dits marchands, pour les causes que dessus ; et » aussi mettre à exécution tous mandements, » commissions et jugements donnés par lesdits » juges et consuls, sans aucune remise ou dilation, ne demander *placet, visa*, ne *pareatis*; à PEINE DE PRIVATION DE LEURS OFFICES.

» Et à cette fin, *défendons à tous nos juges* » *d'aucunement empêcher lesdits sergents en faisant* » *et exécutant ce que dessus*, à PEINE DE RÉPONDRE » EN LEUR NOM DES DÉPENS, DOMMAGES ET INTÉ- » RÊTS DES PARTIES, procédant desdits empê- » chements. » (Bornier, tome II, sous le tit. XII pag. 11 à 13; Isambert, tome XIV, pag. 179 à 182.)

Pendant quelque temps, les juges ordinaires ployèrent devant ces injonctions sévères, mais justes, de la loi; mais les causes commerciales devenant plus importantes, à mesure que le commerce devenait plus étendu, ils sentirent vivement le regret d'avoir vu distraire de leurs prérogatives ces intéressantes contestations ; ils firent de nouveaux efforts pour les ressaisir. Ils travaillèrent à l'ombre des troubles enfantés par la Ligue. Rangés sous les drapeaux de la Sainte-Union, qui domina les élections du tiers état aux états généraux de cet ordre, réunis à Blois en 1576, ils parvinrent à faire insérer dans les cahiers des députés de cet ordre, la demande de la suppression des juridictions consulaires. — Henri III ne crut pas devoir céder entièrement à ces exigences, et cependant il leur donna un commencement de satisfaction : il supprima les juridictions consulaires dans les villes où le commerce était peu développé, et les maintint dans les villes principales. On trouve ces dispositions dans les articles 239 et 240 de l'ordonnance dite *de Blois*, qui est datée de Paris, en mai 1579. (Isambert, t. XIV, pag. 380 et 434.)

Ajoutons que ces concessions, arrachées, comme tant d'autres, par l'esprit de parti à la faiblesse de Henri III, n'existèrent que sur le papier : que l'ordonnance de Blois, s'exprimant en termes généraux et ne désignant nullement les siéges supprimés, les juridictions restèrent établies dans les villes qui les possédaient, et qui toutes furent tenues pour villes principales.

Ce succès, qui ressemble à un échec, n'ayant pas satisfait les juges ordinaires, ils tentèrent de nouveau d'obtenir, de haute lutte, la suppression qu'ils avaient vainement demandée aux voies légales. D'abord ils firent un nouvel effort pour amoindrir les attributions consulaires. Me Paillet des Brunières, avocat au parlement de Paris, dit, dans un mémoire pour le consulat de cette ville : « Des personnes malintentionnées, et jalouses du bien public, profitèrent des premiers moments de l'avénement de Louis XIII à la couronne, pour surprendre sa religion et enlever à la juridiction consulaire, par une déclaration du 2 octobre 1610, une portion considérable des matières dont Charles IX lui avait attribué la connaissance. » (*Praticien des consuls*, Instruction sur la forme de procéder, page 18.)

Un demi-siècle s'était écoulé depuis que la déclaration de 1565 avait défendu aux sergents

et aux juges toutes entreprises contre les sentences des causes des marchands, et, cependant, ces tristes souvenirs du passé furent évoqués, et les mêmes moyens furent mis en usage.

Le 26 juillet 1600, des lettres patentes de Louis XIII protégeaient les juges et consuls de Bordeaux contre les empiétements des magistrats rivaux. (*Instruct. gén. sur la jur. cons.*, p. 198.)—Le 14 mars 1611, un arrêt du parlement de Paris, rendu dans l'affaire de *Nicolas Macher*, contre *Jacques Audeger*, annula un jugement du prévôt de Paris, qui avait cassé une sentence consulaire. — Le 14 octobre 1611, faisant révoquer la déclaration restrictive d'octobre 1610, les consuls obtinrent une déclaration royale qui renouvela les prescriptions de celle de 1565. — Le lieutenant civil de Paris, ayant encore cassé une sentence des consuls, en vertu de laquelle *Jean Darguy*, condamné par corps, avait été emprisonné à la requête de *Jean Guillebou* et *Martin Parisis*, et, ayant élargi le prisonnier, sur l'appel des créanciers un nouvel arrêt du parlement, en date du 5 mars 1615, fit itératives défenses au prévôt de procéder à la révision des décisions des consuls. — Enfin, le 12 mars 1615, même arrêt dans l'affaire de *Louis Perdoux*, contre *Nicolas Jacques*.

Le parlement, qui montrait tant d'énergie dans les luttes avec l'autorité royale, ne tenait pas la main à l'exécution de ses arrêts par les magistrats inférieurs. Malgré la loi, malgré les arrêts, les portes de la prison s'ouvraient pour les débiteurs emprisonnés en vertu des sentences consulaires: cela peut-il surprendre? les sergents obéissaient de préférence aux magistrats, dont ils relevaient directement.

Les commerçants furent alors placés dans une fâcheuse position: dévonés, par intérêt personnel, à une juridiction plus expéditive, moins coûteuse, plus éclairée en matière de négoce, ils avaient le désir de la voir maintenir et de porter devant elle leurs différends. Mais les injonctions de la loi étaient impuissantes, les ordres des consuls étaient foulés aux pieds, les droits reconnus par eux étaient remis en question devant d'autres juges, qui, par antagonisme, en faisaient bon marché; il fallut céder à l'oppression: la majeure partie des marchands déserta la juridiction consulaire, passa, par nécessité, au camp ennemi, et se soumit à la compétence des tribunaux ordinaires.

Si le découragement s'était alors emparé des juges de commerce, c'en était fait, pour longtemps peut-être, de cette précieuse institution. Heureusement, comme à Rome, *caveant consules*. Les obstacles excitèrent vivement dans le cœur des magistrats le sentiment de leur dignité personnelle: ils firent tête à l'orage; à la ténacité de leurs adversaires ils opposèrent tout à la fois et la ruse et la constance.

Ils commencèrent par assurer l'exécution de leurs sentences, en dépouillant de cette exécution les sergents, qui relevaient de la juridiction ordinaire. Ils en chargèrent *les sergents des eaux et forêts, les huissiers des états, de la cour des monnaies, de la chambre des comptes, des requêtes du palais*, *de la cour des aides*, du *grand conseil*, du *parlement*, et autres, qui, indépendants des juges ordinaires, ne déféraient pas aux ordonnances de ces derniers.

Puis, ressaisissant les pouvoirs que leur donnait la déclaration de 1565, ils frappèrent d'amende les marchands qui ne suivaient pas les règles de la compétence. L'ordonnance rendue par les juges et consuls de Paris, le 27 février 1622, trace en ces termes le tableau de cette situation: « Sur les plaintes à nous faites » par plusieurs marchands, qu'au préjudice de » l'édit de création de notre juridiction, des déclarations du roi faites sur icelui, même de » celle du 4 octobre 1611, la plus grande partie » des marchands tant de cette ville que forains, » font assigner leurs débiteurs marchands, pour » fait de marchandise, par-devant d'autres » juges que devant nous; que lesdits débiteurs » sont travaillés de longueurs, procédures, » grands frais, tant en demandant qu'en défendant; et ceux qui obtiennent sentence de nous » ne peuvent en avoir exécution, tant à cause » du refus que leur font aucuns sergents, de » faire les exploits à ce requis; que pour ce que » les geôliers et gardes des prisons mettent » hors d'icelles les prisonniers emprisonnés en » vertu de nos sentences, de l'ordonnance d'autres juges que nous, ce qui est, en effet, » frustrer les marchands du soulagement qu'ils » pouvaient espérer du bénéfice desdits édits et » déclarations, et incommode le commerce » contre l'interdiction du roi et les pouvoirs » donnés par Sa Majesté à notre juridiction. »

Par ces motifs, les juges firent défenses: aux marchands, d'assigner leurs débiteurs devant une autre juridiction, sous peine de dommages-intérêts; aux huissiers, d'assigner devant d'autres juges, et mettre à exécution les sentences de ces juges, sous peine de 50 livres d'amende; aux geôliers et gardes des prisons, d'élargir les débiteurs incarcérés, à moins d'encourir les mêmes peines et dommages-intérêts. (Guibert, *Notice historique*, page 17.)

Il paraît que ce double remède fut, pendant quelque temps, efficace; car, de ce moment, quatre-vingts années s'écoulent sans que nous rencontrions dans les recueils de traces de nouvelles tentatives faites contre l'autorité des juges et consuls. — Mais en revanche, une nouvelle croisade fut organisée vers la fin du XVIIe siècle. — Ainsi, le 7 août 1698, arrêt de la cour rendu sur les réquisitions de Henri-François d'Aguesseau, avocat général, qui interdit les empiétements des juges ordinaires sur la compétence des juges consuls. (*Praticien des consuls*, p. 284); — 27 juin 1699, même arrêt à l'occasion des juges consuls de Poitiers,

(p. 301); — 25 janvier 1708, même arrêt pour Paris; — 11 octobre 1724, arrêt du conseil d'État privé du roi, à l'occasion des juges consuls de Chartres (p. 314.) — Ici s'arrêtent les documents que nous fournissent les anciens auteurs : il est probable qu'une possession de deux cents ans finit par assurer au commerce la conquête définitive de sa juridiction.

Cependant à la même époque, au commencement du XVII[e] siècle, une nouvelle cause de trouble s'était manifestée. — Les marchands étant revenus à leur juridiction naturelle, les procureurs voulurent s'y glisser avec eux : on trouve en effet, dans un arrêt du 8 février 1613, l'indication que voici :

« Ouï la remontrance faite à la cour par le » procureur général du roi, de la plainte qu'il » a reçue de juges consuls et anciens marchands, » des contraventions de l'édit d'établissement de » leur juridiction, tant par les parties, qui, au » lieu d'y comparoir pour être *ouïes par leur* » *bouche*, ou sommairement expédiées, y com» paraissent par autres personnes qui se quali» fient procureurs, solliciteurs et autres, se » chargent d'occuper et exigent des parties, » et les divertissent d'y comparoir, déguisent » la vérité, traversent et empêchent la jus» tice, etc... »

Cet arrêt prescrivait la comparution personnelle de la partie : néanmoins, les juges, soit qu'ils comprissent la nécessité d'accorder, dans certains cas, un conseil à la partie, soit qu'ils ne voulussent pas résister aux vœux des commerçants, toléraient la comparution par un fondé de pouvoir. — Le 5 février 1619, un second arrêt du parlement rappela les dispositions de la loi, et fit injonction d'y obéir.

Les magistrats consulaires, qui avaient imposé aux autres le respect de la loi, résolurent de la respecter à leur tour. — Ils proscrivirent les mandataires. De là, de nombreux désordres, dont nous empruntons le récit à la notice de Guibert, p. 19 à 21 :

« Un jour du mois de novembre 1622, l'au» dience tenant, il s'était présenté un nommé de » La Place, procureur au Châtelet, pour plaider » une cause contre des vitriers; auquel de La » Place fut enjoint de se retirer, d'autant qu'il » n'était de la qualité requise suivant l'édit, à » quoi il n'aurait voulu obtempérer, et aurait » fait plusieurs insolences et empêché l'audience » publique; pour raison de quoi, il aurait été » condamné à 6 livres d'amende, qu'il aurait » été retenu en une chambre derrière le siége » des juges en attendant l'issue de l'audience. » Entrant en laquelle chambre il aurait dit : » qu'il était capitaine de son quartier; et aurait » deux cents hommes à son commandement » pour le tirer de là. Et de fait, ayant, par la » fenêtre, jeté quelque mémoire ou écrit, inconn» tinent se seraient amassés devant ladite juri» diction, plusieurs sergents et autres personnes » inconnues, ayant épées et autres armes, les» quels se seraient saisis des portes de la maison » et salle judiciaire avec insolence et scandale. » Et quelque temps après y serait survenu M. Le » Bailleul, lieutenant civil, prévôt des mar» chands, lequel aurait fait sortir ledit de La » Place de ladite chambre, en la présence des» dits juges et consuls, l'aurait emmené avec lui, » et se seraient, au même instant, lesdites per» sonnes retirées. » — Après cet exposé, le mémoire relate les démarches des juges et consuls auprès du parlement et du procureur général, afin d'obtenir justice. Invités avec instance à arranger cette affaire pour éviter des débats fâcheux, les juges-consuls finirent par y consentir. — M. le premier président fit venir le lieutenant civil et le sieur de La Place, et les admonesta : des excuses furent faites, l'amende fut acquittée, et le conflit n'eut pas de suite.

« En 1626, un fait de perturbation à peu près semblable eut lieu de la part d'un sieur René Montyer, procureur en la cour. « Il avait com» mis de grandes violences et proféré plusieurs » paroles injurieuses contre nous (les juges con» suls), au grand scandale de la justice, du pu» blic et de nous-mêmes. » Sur les plaintes portées à la cour, un *huissier en icelle* avait été délégué pour informer. Mais le délinquant fit sa soumission, avoua sa faute, déclara par écrit qu'il ne se rappelait plus ce qu'il avait dit dans sa colère, et, qu'au surplus, il avait toujours reconnu les juges et consuls, tant en général qu'en particulier, pour gens de bien et d'honneur. Les magistrats acceptèrent sa rétractation, et se bornèrent à exiger l'amende à laquelle ils l'avaient condamné.

» Ces scandales étaient si fréquents, que les huissiers audienciers méconnus, n'ayant point de marques distinctives, étaient *rudoyés, rebutés* opiniâtrément en pleine audience, ne pouvaient maintenir l'ordre et faire observer le silence. Les juges-consuls leur ordonnèrent d'abord de porter la baguette à la main; mais ce signe de leur autorité ne leur suffit bientôt plus; alors le 19 novembre 1635, le siége prit une délibération motivée, par laquelle les huissiers furent autorisés à prendre, lorsqu'ils feraient le service, *une toque de camelot de Lille, fil retors ou turquie, avec le manteau à manches de drap, serge* ou *camelot noir*. — Les greffiers et clercs du greffe obtinrent une permission semblable.

» Il faut croire que le costume eut, sur les justiciables, cette influence qu'il manque rarement d'exercer sur des hommes isolés ou réunis; car, s'il fut longtemps encore difficile de maintenir l'ordre parmi de nombreux plaideurs, du moins, à partir de cette époque, on ne trouve plus aucune trace de scandales pareils à ceux qui viennent d'être signalés. Cependant, à quelque temps de là, on voit que les magistrats furent obligés de renforcer l'autorité de leurs huissiers, par celle d'un suisse qui, la hallebarde en

main et l'épée suspendue à un baudrier, montait la garde aux audiences et maintenait la tranquillité [1]. »

Telles sont les épreuves qui ont assailli la juridiction consulaire au moment de son érection. — D'une part, devant elle sont venus expirer impuissants les efforts d'une autorité d'autant plus redoutable, qu'elle était vivement frappée dans ses prérogatives. — D'autre part, cette juridiction a dû défendre ses propres justiciables contre les inspirations de la faiblesse, de la chicane, de la peur, et les comprimer en mettant à son tour en jeu le mobile qui agissait sur eux. • Certes, lorsqu'une institution a résisté à ces rudes atteintes, lorsqu'elle s'est élevée malgré ces obstacles sans cesse renaissants, c'est une preuve que, dès son origine, elle avait poussé de profondes racines, qu'elle répondait à merveille aux nécessités du commerce, et que son avenir est aussi grand que durable.

14. Après avoir successivement conquis droit de cité à *Toulouse*, *Rouen*, *Bordeaux*, *Tours*, *Orléans*, *Poitiers*, la juridiction consulaire fut, en vertu d'un édit de décembre 1556, établie dans toutes les métropoles, capitales et villes de commerce où il y avait un siége royal.

L'ordonnance de 1673, ce code marchand, immortel ouvrage de Colbert, déclara communes à tous les siéges les règles et la législstion écrites dans l'édit de 1563.

Enfin, et pour clore cette première époque de l'histoire de la juridiction consulaire, ses progrès avaient été si rapides, qu'en 1752, il existait 74 siéges de juges-consuls (Voir *le tableau de ces siéges*, tit. II, chap. Ier, page 59.)

15. La révolution de 1789 avait changé la face du pays. — Le mouvement populaire avait renversé toutes les institutions, et l'on travaillait sans relâche à fonder la société sur des bases complétement nouvelles. C'est alors que l'assemblée législative décréta une organisation générale du pouvoir judiciaire. — La loi des 16-24 août 1790 régla les attributions de chacun des corps judiciaires, et les tribunaux de commerce ne furent point oubliés dans cette moderne organisation.

Le titre XII de cette loi est consacré à l'établissement des juges de commerce. — Il détermine le mode de leur nomination, la durée de leur exercice, leurs attributions diverses; il étend leur compétence aux litiges engendrés par le commerce maritime, qui, jusqu'alors, ressortissaient des amirautés; enfin il embrasse, dans leur ensemble, tous les rapports de cette branche de l'administration de la justice.

16. Les constitutions successives confirmèrent l'existence des tribunaux de commerce. — Toutefois, par un singulier oubli, mention n'en fut pas faite dans la constitution de frimaire an VIII, qui semblait, par cette omission, les comprendre dans celle de ses dispositions déclarant inamovibles et à vie, *tous les autres juges que les juges de paix*. — Pour ne pas altérer l'essence de cette juridiction exceptionnelle, on eut recours au conseil d'État qui, au lieu de constater l'oubli, méconnut le caractère substantiel des juges de commerce. — Son arrêté du 28 prairial an VIII déclara que ces magistrats n'étaient point inamovibles, parce qu'ils étaient simplement *des arbitres*, *des espèces de jurés*, *sans territoire ni véritable juridiction*. — C'était réparer une faute en en commettant une beaucoup plus grave.

17. Bientôt le Code de commerce intervint. Il restitua aux tribunaux consulaires leur véritable caractère, et détermina les règles définitives de leur organisation et de leur compétence.

La charte de 1814 et celle de 1830 ont, à leur tour, disposé, dans leurs articles 50 et 51, que l'institution actuelle des juges de commerce est conservée [2]. — Enfin, le dernier monument législatif, qui les concerne, est la loi (française) du 3 mars 1840, par laquelle des modifications de détail ont été apportées à certains articles du Code.

18. Telles sont, en résumé, les diverses phases de l'organisation légale de la juridiction consulaire.

Dire l'état actuel de la législation; — examiner les réformes qu'elle appelle; — rechercher les règles de la compétence de ces tribunaux; — entrer dans le détail de la procédure suivie devant eux; — faire connaître l'état de la jurisprudence en publiant tous les arrêts des cours; — mettre en regard de notre droit les lois des pays étrangers; — enfin donner un formulaire de tous les actes qui sont du ressort de cette juridiction, c'est la tâche que je me suis imposée et qui forme la matière de cet ouvrage.

[1] Guibert a puisé l'intéressante relation que l'on vient de lire, dans un manuscrit de M. Gorneau père, reçu agréé en 1739, qui lui a été communiqué par M. Gorneau fils, aussi ancien agréé.

[2] Il y a des tribunaux de commerce dans les lieux déterminés par la loi; elle règle leur organisation, leurs attributions, le mode de nomination de leurs membres et la durée des fonctions de ces derniers.

TITRE II.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

De l'établissement et du nombre des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Il appartient au pouvoir exécutif de déterminer les localités où l'établissement de tribunaux de commerce est nécessaire.
2. Rejet de l'opinion de la *cour de Rennes*, qui désirait voir déterminer par une loi le nombre et le placement de ces tribunaux.
3. Il vaut mieux augmenter que restreindre leur nombre. — Exposé de la discussion établie à ce sujet en 1809.

« Un règlement d'administration publique déterminera le nombre des tribunaux de commerce, et » les villes qui seront susceptibles d'en recevoir, par l'étendue de leur commerce et de leur industrie. »

(Art. 615 *du Code de commerce.*)

1. S'il appartient aux magistrats de rendre la justice, il est dans les attributions du pouvoir exécutif d'interroger les besoins des localités, et de mettre l'administration judiciaire en harmonie avec les intérêts des justiciables.

Quoique la fortune se subdivise en France à l'infini ; quoique le commerce fasse tous les jours de nouvelles conquêtes et étende son empire sur des lieux où naguère il n'existait pas, il est cependant des villes, où, restreint dans d'étroites limites, il demeura concentré entre un petit nombre d'individus et dans de rares opérations. Ailleurs au contraire il a pris son essor. — Ici la fertilité du sol donne naissance à de nombreux trafics ; — là d'intelligentes fabriques étalent les merveilles de leur industrie ; — dans ce port, affluent les denrées que nous envoient l'étranger et nos colonies : — ce mouvement d'affaires devient la source d'incessantes contestations, qu'il faut régler et dont il est nécessaire d'observer le développement.

Les éléments de cette étude intéressante arrivent successivement dans les différents départements ministériels, qui seuls peuvent les combiner et en conclure dans quels lieux il est inutile d'établir des tribunaux de commerce, dans quels lieux au contraire leur création est indispensable. C'est par ce motif que l'art. 615 du Code de commerce abandonne au gouvernement le soin de déterminer, au moyen d'un règlement d'administration publique, le nombre des tribunaux de commerce, et les villes qui, par l'étendue de leur commerce et de leur industrie, sont susceptibles d'en recevoir.

2. Dans ses observations sur le projet du Code de commerce, *la cour d'appel de Rennes* avait manifesté le désir de voir déterminer par une loi le nombre et le placement de ces tribunaux ; c'était, pensait-elle, un moyen de donner à ces établissements un caractère de permanence. (*Observat. des tribunaux*, t. Ier, p. 366.)

Le législateur a repoussé ce système, et, selon nous, avec raison.

La permanence de la juridiction consulaire n'a pas besoin d'être écrite dans une loi : elle trouve son principe dans la loi fondamentale, dans l'art. 51 de la charte de 1830, qui maintient cette précieuse institution.

Et d'ailleurs est-il d'une bonne administration de soumettre aux chambres de pareilles questions? Des matières de la plus haute importance attendent vainement l'épreuve des débats de la tribune : les sessions se succèdent rapidement et ne peuvent donner tout ce qu'on leur demandait. Dans une semblable situation.

n'est-il pas dangereux de distraire le pouvoir législatif de ses urgents travaux pour appeler son attention sur un objet qui, à tout prendre, n'est pas du domaine de la loi? Le principe étant posé, il s'agit uniquement de régler son application, ot ce soin appartient tout entier au pouvoir exécutif.

Craint-on que l'administration, introduisant dans ses décisions une pensée politique, supprime des juridictions commerciales là où les besoins des localités les réclament, et en organise dans les lieux où elles sont snperflues? — Nous répondons qu'un pareil abus ne s'est point encore manifesté, et qu'il serait trop grave pour qu'on puisse le redouter. C'est en donnant satisfaction aux intérêts matériels, en protégeant le commerce, en assurant le bien-être de tous, qu'un gouvernement est fort et durable : quand il se jette en dehors des voies de la justice, et fait intervenir ses passions dans les choses étrangères au mouvement des affaires politiques, sa perte est aussi prompte que certaine. — D'ailleurs, si les vœux légitimes des populations étaient méconnus et froissés, les représentants du pays, dans leur toute-puissaece, sauraient leur faire donner satisfaction, ou bien, si leurs efforts étaient infructueux, le secours de la loi, auquel on aurait voulu confier l'établissement des tribunaux de commerce, n'aurait pas été plus efficace.

Ces explications justifient la disposition de l'article 615 que nous venons d'analyser.

3. Le Code de commerce étant promulgué, l'administration songea à exercer le droit qu'il lui attribuait. Fallait-il accroître, maintenir ou diminuer le nombre des tribunaux de commerce? — Les chambres de commerce, les préfets, les tribunaux, les négociants, furent consultés, et alors un conflit d'opinions s'éleva.

Les uns demandaient la suppression d'un certain nombre de juridictions consulaires : les autres proclamaient l'urgence de leur augmentation.

Suivant les premiers, l'établissement des juridictions consulaires avait pu être nécessaire lorsque les tribunaux civils, pourvus d'un ressort très-étendu, étaient à une grande distance des justiciables et ne pouvaient par conséquent leur rendre une prompte justice : mais la multitude de ces tribunaux avait mis fin à cet inconvénient. — On ajoutait que créer des tribunaux de commerce dans de petites localités, au sein desquelles devaient être choisis les juges, c'était s'exposer à confier la décision des procès à des magistrats incapables, ou rendre ces décisions tributaires des inspirations de l'intérêt personnel et des liens de la famille ou de l'amitié.

Ce système fut adopté par le grand juge ministre de la justice.

Le conseil d'État accueillit l'opinion contraire, qui fut sanctionnée et mise en partique par lo décret du 6 octobre 1809, lequel accorda des établissements consulaires à plusieurs arrondissement qui en avaient été privés, et maintint ceux qui existaient déjà [1].

A notre avis, on ne saurait trop étendre l'institution des juges de commerce.

Certes, ce n'est pas nous qui méconnaîtrons le zèle et la capacité des magistrats des tribunaux de première instance; mais la science du droit ne suffit pas à la solution des contestations commerciales. Pour ces procès, d'uno nature spéciale, il faut des hommes consommés dans la pratique des affaires, initiés aux mystères de la langue des commerçants ot aux mouvements si variés de leurs opérations. Ce n'est pas dans les livres que s'apprennent ces usages, qui forment la moitié de la vie du commerce. — Par exemple, qu'il s'agisse de faillites, de lettres de change, de liquidations de comptes, de refus de réception de marchandises pour mauvaise qualité, de consignations ot de commissions, et de tant d'autres matières exceptionnelles, est-ce que le commerçant le moins instruit n'en saura pas davantage que le magistrat le plus savant du tribunal civil? Qu'il s'agisse d'une question do dol et de fraude, le juge de commerce, qui connait la réputation de tous les négociants de sa place, ne sera-t-il pas plus parfaitement édifié, par lui-même ou par la communo renommée, quo le juge du tribunal civil, dépourvu de renseignements personnels sur la moralité des individus, moralité décisive en cette manière?

Si les procès commerciaux sont mieux jugés, ils sont aussi plus vite expédiés devant la juridiction commercialo. Chargés do l'instruction des affaires criminelles, du jugement des poursuites correctionnelles et des contestations civiles, les tribunaux de première instance cumulent des attributions diverses et ne pourraient consacrer tous leurs instants à la solution de ces procès. Dans leur besogne même, et quel que soit leur zèle, ils sont débordés par un arriéré qui s'accroît tous les jours. Aussi, même en suivant les formes de la procédure propre à la juridiction consulaire ils n'imprimeraient pas aux affaires cette rapidité qui est pour les négociants une conditiou essentielle.

Le commerce ne s'y est pas mépris. Lorsqu'en 1809, répondant aux renseignements qui leur étaient demandés, les juges civils réclamèrent la suppression de quelques tribunaux de commerce, les négociants, par d'unanimes réclamations, firent connaitre le prix qu'ils attachaient au maintien de cette institution, et ils obtinrent son développement avec d'autant plus de raison, quo, ses membres no recevant aucun salaire, elle n'est point une charge pour l'État [2].

[1] *Voir* le texte de ce décret dans Locré, tome VIII, page 16 et suiv.

[2] Les tribunaux spéciaux de commerce de Belgique ont leur siége à Bruxelles, Louvain, Anvers, Mons, Tournay,

CHAPITRE II.

Du ressort des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Motifs de l'art. 616.
2. Motifs des art. 640 et 641, même Code. — Citation de d'Aguesseau.
3. Le ressort du tribunal de commerce s'étend non-seulement sur la ville où siége le tribunal, mais encore sur l'arrondissement tout entier attribué à sa juridiction, soit par la loi, soit par l'acte de création. — Citation des auteurs.
4. Quand un tribunal de commerce est établi dans un arrondissement qui en était dépourvu, le tribunal civil est tenu de se dessaisir des causes commerciales encore pendantes devant lui. — Citation d'un arrêt de *Bruxelles*. — Réfutation de l'opinion de Carré. — Indication de l'opinion des auteurs.
Le tribunal civil est, dans ce cas, tenu de se dessaisir d'office.
5. Quand les juges civils exercent les fonctions de juges de commerce, ils doivent suivre les formes de la procédure commerciale.
6. Espèce particulière décidée à cette occasion par un arrêt de la *cour de Metz*.

« L'arrondissement de chaque tribunal de commerce sera le même que celui du tribunal civil dans » le ressort duquel il sera placé; et, s'il se trouve plusieurs tribunaux de commerce dans le ressort » d'un seul tribunal civil, il leur sera assigné des arrondissements différents. »

(Art. 616, *Code de commerce.*)

1. « Le ressort des tribunaux de commerce n'avait, en général, presque aucun rapport avec les autres institutions judiciaires : pour bien connaître l'étendue que chacun d'eux embrâssait, il fallait recourir au titre de sa création. Le Code de commerce établit un système plus facile. L'arrondissement de chaque tribunal de commerce aura désormais les mêmes limites que l'arrondissement du tribunal civil dans le ressort duquel il sera placé [1]. Et, s'il se trouve plusieurs tribunaux de commerce dans le ressort d'un seul tribunal civil, il leur sera assigné des arrondissements particuliers.

Les tableaux annexés aux décrets de 1809, et du 18 novembre 1810, énoncent les cantons sur lesquels s'étend la juridiction de chaque tribunal de commerce.—Depuis lors, au fur et à mesure de la création de nouveaux tribunaux, de semblables indications sont portées dans le règlement d'administration publique qui les institue.

2. Après avoir ainsi réglé le cas où plusieurs tribunaux de commerce se trouveraient dans l'arrondissement d'un seul tribunal civil, le législateur devait s'occuper de l'hypothèse où, dans cet arrondissement, il n'existait *aucun* tribunal de commerce. Lors de la discussion du Code au corps législatif, Berlier disait : « La juridiction commerciale n'étant qu'un démembrement de la juridiction ordinaire, ses attributions appartiennent au tribunal civil ou ordinaire, là où il n'y a pas de tribunal de commerce. Le premier en est investi par le droit commun : le second ne l'est que par un établissement spécial et exceptionnel, qui n'a pas lieu partout » (*Procès-verbaux du conseil d'État*, 30e séance, n° 15.)

Cependant, comme les matières commerciales réclament une juridiction prompte et peu dispendieuse, même dans les localités qui n'ont pas de juridiction consulaire, on proposa de créer une juridiction mixte, qui ne serait ni un tribunal de commerce proprement dit, ni un tribunal civil.—Les juges ordinaires, faisant un moment abstraction de leurs droits et de leurs devoirs personnels, exerceraient les fonctions des juges de commerce, et suivraient les formes prescrites à ces derniers.

De là les articles 640 et 641, dont voici le texte :

Liége, Verviers, Namur, Gand, Saint-Nicolas, Bruges, Ostende, Courtrai.

Dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal civil qui connaît des affaires commerciales.

[1] Gillet, *Vœu du tribunat*, 8e discours, n° 5; — Locré, *Esprit du Code de commerce*, tome VIII, page 34.

« Dans les arrondissements où il n'y aura pas » de tribunaux de commerce, les juges du tri- » bunal civil exerceront les fonctions et con- » naîtront des matières attribuées aux juges de commerce par la présente loi. » Art. 640.

« L'instruction, dans ce cas, aura lieu dans la » même forme que devant les tribunaux de » commerce, et les jugements produiront les » mêmes effets. » Art. 641.

D'Aguesseau avait senti la nécessité de ces dispositions : dans son *Mémoire sur les juridictions consulaires*, s'appuyant sur la seule force des principes généraux du droit, il arrivait cependant aux conséquences de l'art. 640. Ainsi nous lisons dans son mémoire :

« Lorsqu'il n'y a point de consuls établis, » ni dans le lieu du domicile du débiteur, ni » dans celui où la marchandise a été vendue, » où elle doit être livrée et payée; dans ce cas, » la déclaration de 1565, n'attribuant aucun » privilége à la juridiction consulaire, ni par » rapport à la chose, ni par rapport à la per- » sonne, le juge *ordinaire* du domicile du dé- » fendeur est le seul compétent, suivant la dis- » position du principe du droit commun. » (Tome 12, page 636, édit. in-4° de 1783.)

3. Ces dispositions des art. 640 et 641 nécessitent quelques observations.

En premier lieu, on a posé la question suivante :

Si la ville où le défendeur est domicilié n'a point de tribunal de commerce, et s'il en existe un dans une ville voisine du même arrondissement, où doit être portée l'instance? Est-ce au tribunal civil, faisant fonctions de tribunal commercial, aux termes de l'art. 640, *ou bien, au contraire, est-ce au tribunal de commerce de la ville voisine, aux termes de l'art.* 616?

Si quelques auteurs n'examinaient cette question, je ne l'aurais pas indiquée, car, suivant moi, elle ne soulève aucun doute.

D'un côté, l'art. 640 n'accorde aux juges civils le droit de remplir les fonctions de juges de commerce, que *dans les arrondissements* et non *dans les villes* où il n'y a pas de tribunaux de commerce.

D'un autre côté, l'art. 616, loin de restreindre le ressort d'un tribunal de commerce à la ville dans laquelle il est situé, étend son autorité sur tout l'arrondissement.

Or, dans la question, on explique qu'il existe une juridiction consulaire dans l'arrondissement où se trouve située la ville, domicile du défendeur; et cette juridiction exerce naturellement son pouvoir sur tout l'arrondissement qui lui est délégué, aussi bien qu'à la juridiction ordinaire [1].

4. *Lorsqu'un tribunal de commerce est établi dans un arrondissement qui en était dépourvu, le tribunal civil est-il tenu de se dessaisir des instances commerciales encore pendantes devant lui, et qui ne lui étaient attribuées qu'à raison de l'absence du tribunal consulaire?*

En supposant l'affirmative, le renvoi doit-il être prononcé par le tribunal civil d'office, quand les parties ne le réclament pas?

La cour de Bruxelles, par arrêt du 21 décembre 1812, a résolu affirmativement la première de ces deux questions. Le texte de son arrêt, qui est motivé avec soin, mérite d'être reproduit :

ARRÊT.

« Vu le décret impérial du 6 octobre 1809, portant établissement d'un tribunal de commerce à Saint-Nicolas, arrondissement de Termonde ;

» Et attendu que, depuis l'établissement des tribunaux de commerce, et notamment depuis l'émanation du Code de procédure civile, d'après l'art. 640 du Code de commerce, les tribunaux de première instance *n'exercent plus la juridiction consulaire* dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce, *comme juridiction propre et ordinaire*, mais comme juridiction *extraordinaire ou déléguée*;

» Que c'est aussi d'après ce principe que les tribunaux de première instance, chargés en même temps de la juridiction consulaire, se considèrent comme deux tribunaux distincts, et qu'en observant, en matière commerciale, les formes de procéder devant les tribunaux de commerce établies par le Code de procédure civile, ils doivent souvent renvoyer de leur propre tribunal, siégeant commercialement, au même tribunal, siégeant civilement;

» Qu'il suit de ce principe que, lorsqu'un tribunal de commerce s'établit dans un arrondissement où il n'en existait pas, le tribunal de première instance de cet arrondissement est dessaisi de plein droit de la juridiction consulaire, qui ne lui était qu'attribuée ou déléguée par la loi ;

« Qu'en conséquence, ce tribunal n'ayant plus alors le pouvoir de juger consulairement, les causes de commerce pendantes devant lui, doivent être portées au tribunal de commerce établi dans son arrondissement, à moins qu'à l'instar de ce que portent les édits des rois de France de 1563 et 1715, le décret de son établissement n'excepte de son attribution les affaires commerciales déjà intentées et pendantes devant le tribunal ordinaire du même arrondissement;

» Attendu que l'argument tiré de la loi 30, Dig. *de judiciis*, invoqué par l'intimé, ne paraît applicable qu'au cas où une des deux parties litigantes, pouvant décliner la juridiction du juge devant lequel l'action est introduite, a

[1] E. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 4, page 114; — Jourdain, *Code de la compétence*, tome 2, n° 978, page 496. — Carré, *Lois de la procédure*, tome 3, quest. 1520, page 586.

3. Division du tribunal de Paris en deux sections.
4. Augmentation du nombre des juges et suppléants à Toulouse.
5. L'institution des juges suppléants est-elle utile? — Réfutation des observations de la cour de Rouen, et de E. Vincens, qui penchent vers la négative.

« Chaque tribunal de commerce sera composé d'un président, de juges et de suppléants. Le nombre » des juges ne pourra être au-dessous de deux, ni au-dessus de quatorze, non compris le président. » Le nombre des suppléants sera proportionné aux besoins du service. Un règlement d'administra- » tion publique fixera pour chaque tribunal le nombre des juges et celui des suppléants. »

(Art. 617, C. de comm.)

1. La composition des tribunaux de commerce est déterminée par l'art. 617. Un président, des juges, des juges suppléants, voilà les magistrats qui le constituent.—Le nombre des juges est limité par la loi; elle déclare qu'il ne peut exister dans un même tribunal moins de deux juges ni plus de quatorze : c'est seulement dans ces limites que le règlement d'administration publique détermine combien il peut être nommé de juges titulaires. — L'ancien art. 617 du Code de commerce fixait le maximum des juges à huit.—La loi du 30 mars 1840, art. 5, l'a rectifié dans les termes que nous venons d'indiquer; voici l'extrait de l'exposé des motifs présenté le 28 juin 1839 à la chambre des pairs, et qui justifie cette mesure :

« Convient-il d'accroître le personnel des tribunaux de commerce qui existent, en même temps que l'on ajoute à leur compétence? Une seule demande d'augmentation a été formée. Le développement toujours croissant du commerce, aussi étendu que varié, dont Paris est le centre, rend son tribunal de commerce juge de contestations chaque jour plus nombreuses. Déjà, pendant l'année 1832, plus de vingt mille affaires ont été portées devant ce siége. Il en a été inscrit vingt-cinq mille en 1836. Sous le rapport du nombre, c'est le double des affaires soumises annuellement au tribunal civil. Le chiffre des décisions contradictoires a suivi une progression analogue.

» Huit juges et seise suppléants forment le personnel du tribunal de commerce de Paris : répartis en sections, suivant l'ordre le plus convenable au service, ils s'efforcent de suffire à des devoirs aussi multipliés et servent d'exemple, autant pour la bonne administration de la justice que pour la célérité qu'ils apportent à la rendre; mais le zèle le plus éprouvé a ses bornes. Le Code de commerce fixe à huit le maximum des juges en titre que peut avoir un tribunal, tandis qu'aucune limitation n'est apportée au droit de créer des suppléants par ordonnance royale. Quatre juges de plus permettront au tribunal de commerce de composer des sections nouvelles. Il existera en même temps un plus juste rapport entre le nombre des suppléants et celui des juges en titre. Plus de temps pourra être donné à l'examen des affaires; et la qualité de juge, en devenant alors un fardeau moins accablant, fournira une occasion plus fréquente de distinguer ces noms qu'une considération générale et qu'une aptitude reconnue placent à la tête du commerce de la capitale. »

L'augmentation réclamée fut unanimement consentie par les chambres, et, comme elle ne concernait que Paris, la commission de la chambre des députés, dont M. Hébert était le rapporteur, proposa de la généraliser, de prévoir les nécessités qui pourraient surgir dans d'autres villes importantes par leur commerce, et de porter à quatorze juges en titre la limite du maximum dans lequel s'exercerait la prérogative du pouvoir exécutif.—Cette proposition, étant acceptée, a pris place dans l'article 617.

2. Ainsi que l'indiquait l'exposé des motifs que nous venons de transcrire, le tribunal de commerce de Paris avait demandé une augmentation de son personnel; certes jamais demande plus légitime n'avait été formée. — Depuis son organisation, en 1809, le nombre de ses juges n'avait pas varié : il était resté fixé à huit juges titulaires, et à seize suppléants, et cependant le chiffre des litiges commerciaux s'était accru dans une proportion inouïe. Alors le nombre des causes portées devant les siéges consulaires variait entre quinze et vingt mille. Comme le disait le ministre de la justice, 20,000 affaires avaient été apportées à son rôle, en 1832 : 25,000 en 1836 : or, l'année judiciaire 1840 à 1841 en a compté 41,467, dont 31,759 ont été jugées par défaut, et 8918 contradictoirement. C'est en présence de ces résultats qu'une ordonnance royale, en date du 17 juillet 1840, accordant deux juges de plus, a décidé qu'à l'avenir le tribunal de commerce de Paris sera composé d'un président, de dix juges et de seize suppléants.

3. Lorsque le tribunal de commerce de la Seine, avec un personnel aussi restreint, est parvenu à des résultats si merveilleux, deux magistrats de plus offrent sans doute à son activité un précieux concours; mais, pour que les fonctions consulaires ne soient pas une charge trop lourde, pour que le travail soit équitablement réparti suivant l'étendue des forces humaines, pour que le siége du magistrat ne force pas à abandonner le comptoir du commerçant, nous pensons qu'il serait d'une bonne administration d'atteindre, pour Paris, l'extrême limite de la loi, et de porter à quatorze le nombre des juges titulaires. — Ce vœu est d'autant plus naturel qu'à Lyon, où la quantité des affaires est huit fois moindre qu'à Paris, le tribunal est

composé d'un président, de dix juges et de dix suppléants. Du reste, seul dans le royaume, le tribunal de Paris, divisé en deux sections, a un grand et un petit rôle.

4. Le tribunal de commerce de Toulouse vient, à son tour, et sur sa demande, d'obtenir une augmentation. — Depuis 1809, il comptait un président, quatre juges et quatre suppléants. — Une ordonnance royale, dont la date est récente, a porté à six le nombre de ses juges titulaires.

5. Cette distinction entre les juges et les suppléants n'est pas admise depuis l'organisation des tribunaux de commerce. Ni l'édit de 1563, ni la loi du 24 août 1790 ne mentionnaient les suppléants. L'assemblée nationale, pour réparer cette omission, volontaire ou involontaire, décréta, le 16 juillet 1792, que dans toutes les villes où il y avait des tribunaux de commerce, il pourrait être nommé quatre suppléants.

Cependant l'utilité de leur institution a été l'objet de nombreuses critiques. Ainsi nous voyons le tribunal de commerce de Rouen, dire, dans ses observations sur le projet du Code de commerce : « On n'aperçoit pas le motif de la distinction de juges et suppléants pour un tribunal dans lequel les juges exercent leurs fonctions gratuitement.

» Il paraîtrait plus convenable de supprimer cette distinction et de former les tribunaux de commerce d'un nombre suffisant de juges, nombre relatif à la population des villes et à l'importance de leur commerce. » (*Observations des tribunaux*, tome 2, 2e part., page 347.)

E. Vincens (tome 1er, liv. 2, chap. 2, n° 9, page 70) a partagé cette opinion, à laquelle il imprime une nouvelle force : nous ne saurions pourtant y déférer. De graves motifs viennent à l'appui du système de la loi.

Pour modifier le principe sur lequel repose une institution qui a fait ses preuves, il faut des raisons d'économie, de convenance ou d'utilité : à laquelle de ces nécessités répondrait donc l'abolition des juges suppléants? — Si leur institution ne grève point le trésor, leur suppression ne le dégrèverait pas davantage; partant, aucune *économie*. — Dans tous les tribunaux, il existe des magistrats qui sont substitués au titulaire empêché; les *convenances* ne sont donc pas violées. — Quant à *l'utilité*, quelles objections avons-nous à combattre? « Des arrêts, dit E. Vincens, ont décidé que trois suppléants ne pouvaient tenir l'audience en l'absence des juges... Ainsi se multiplient les occasions où la justice peut être interrompue. » Les arrêts dont parle E. Vincens sont tous relatifs aux tribunaux de première instance; mais fussent-ils applicables à la juridiction consulaire, leur influence ne saurait être bien sérieuse : le cas auquel allusion est faite est tellement rare, que depuis quarante ans il ne s'est pas encore présenté en matière commerciale, et ne peut entrer dans les prévisions de la loi.

» Mais, ajoute Vincens, la loi permettant aux tribunaux de juger à trois membres, et n'autorisant le concours des suppléants que pour compléter ce nombre, il en résulte qu'ils doivent rester oisifs aux audiences; que la discussion ne profite pas des lumières qu'un plus grand nombre de votants pourrait y apporter, ou que, s'ils en prennent connaissance, leur intervention est une infraction à la loi. »

Rester oisifs aux audiences! Non, sans doute, et ce n'est pas pour cela qu'ils y sont; bien qu'ils ne doivent pas participer activement au jugement à rendre, les juges suppléants ont toujours voix consultative; il est de leur devoir de suivre attentivement les débats, afin de se former une opinion personnelle. Eh quoi! parce qu'il n'y aura que trois *votants*, au lieu d'un plus grand nombre, les lumières ne jailliront pas de la chambre du conseil! y pense-t-on? Les décisions de la justice sont éclairées non par *les votes*, mais par *la délibération* qui les prépare; par la discussion à laquelle peuvent et doivent prendre part les suppléants qui ne sont pas nécessaires à la composition du tribunal, comme ceux dont la présence est indispensable.

La suppression des juges suppléants, bien loin de nous paraître utile, serait, à nos yeux, une fâcheuse mesure.

L'ordre hiérarchique est un gage d'une bonne administration : sans doute l'indépendance de caractère est le premier devoir d'un magistrat; mais cette indépendance n'exclut pas une légitime déférence pour des positions supérieures. Tous les jours nous le voyons : le président d'une assemblée, d'un tribunal, qui a dû son titre à des services reconnus, à une capacité éprouvée, par cela seul qu'il est le plus haut placé, exerce sur ses collègues une salutaire influence. — Le juge, choisi parmi les plus éclairés, emprunte, à son tour, à sa qualité, une certaine considération, qui s'explique par cette qualité elle-même. En détruisant toute distinction, ne portez-vous pas une atteinte indirecte à ce tribut que chacun paye à l'expérience, au mérite et à la situation?

Ce n'est pas tout : l'ordre hiérarchique est une cause de travail et d'exactitude; la suppléance devient un utile noviciat. Ces magistrats temporaires qui, de leur comptoir, passent au siége consulaire, ont besoin de faire un stage avant de devenir juges titulaires. N'ont-ils pas à combiner les inspirations que leur suggère la pratique des affaires avec la science du droit? Ne faut-il pas qu'ils se mettent au courant des traditions que le prédécesseur lègue au nouveau venu? Ne doivent-ils pas apprendre la marche tortueuse des faillites? Et puis, lorsque tout cela est su, lorsque l'expérience a mis en relief toutes leurs qualités, n'est-il pas doux pour

eux d'obtenir une flatteuse récompense, la seule que la loi leur accorde, de conquérir ce grade de juge, et, pour quelques élus, celui de président? Conserver avec soin une institution sans dangers réels, à côté de laquelle il s'en trouve une autre, qui devient un titre honorifique et une cause de louable émulation, c'est donc appliquer les règles d'une bonne administration, c'est répondre au vœu des justiciables, c'est enfin éclairer et faciliter la distribution de la justice.

CHAPITRE IV.

De l'élection des membres des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Antiquité de l'élection des magistrats consulaires. — Formes de cette élection sous l'ancienne législation. — Édit de 1563.
2. Origine du renouvellement partiel des juges. — Historique de la législation. — Loi du 24 août 1790 et constitution du 22 frimaire an 8.
3. Disposition de l'art. 618. — Discussion à laquelle elle donna lieu lors de la préparation du Code en 1807.
4. Disposition de l'art. 619. — Mode de confection des listes des notables commerçants. — Discussion soulevée à ce sujet lors de la loi du 3 mars 1840. — La confection de la liste électorale par le préfet est une mesure rétrograde et nuisible aux intérêts du commerce. — Citation d'un passage remarquable de l'ouvrage de E. Vincens.
5. Quoi qu'il en soit la loi doit être exécutée tant qu'elle subsiste. — Délibération du tribunal de commerce d'Angers, qui blâme sévèrement la manière dont a été dressée la liste des notables. — Excès de pouvoirs. — Arrêt de la cour de cassation du 16 janvier 1844, qui annule ladite délibération.
6. Ce sont les commerçants de tout l'*arrondissement*, et non pas seulement ceux de la *ville*, qui peuvent être compris dans la liste des notables.
7. Disposition de l'art. 621.
8. Lacunes dans la loi moderne, qui ne détermine aucune des formes de l'élection.

« Les membres des tribunaux de commerce seront élus dans une assemblée composée de commer-
» çants notables, et principalement des chefs des maisons les plus anciennes et les plus recomman-
» dables par la probité, l'esprit d'ordre et d'économie. »

(Art. 618, *C. de comm.*

1. L'élection des magistrats consulaires n'est pas un mode nouveau de leur nomination : elle a pris naissance en même temps que leur juridiction. L'édit de novembre 1563, qui établit à Paris les juges consuls, consacrait le principe électif et en déterminait les formes. Nous lisons, en effet, dans son art. 1er :

« Avons permis et enjoint aux prévôts des » marchands et échevins de notredite ville de » Paris, nommer et élire en l'assemblée de cent » notables bourgeois de ladite ville, qui seront, » pour cet effet, appelés et convoqués trois » jours après la publication des présentes, cinq » marchands, du nombre desdits cent ou autres absents, pourvu qu'ils soient natifs et » originaires de notre royaume, marchands et » demeurant en notredite ville de Paris. Le » premier desquels nous avons nommé juge des » marchands, et les quatre autres, consuls desdits marchands, qui feront le serment devant » le prévôt des marchands ; la charge desquels » cinq ne durera qu'un an, sans que, pour » quelque cause et occasion que ce soit, l'un » d'eux puisse être continué. »

Conformément à cette disposition, cent notables marchands furent désignés par le prévôt des marchands et par les échevins ; le 27 janvier 1564 [1], ces électeurs se réunirent à l'hôtel de ville, et là, ils prêtèrent, entre les mains desdits prévôt et échevins, serment d'élire, en leur conscience, les cinq notables qui devaient exercer, pour l'année, les charges de juges con-

[1] Les élections des consuls se faisaient ordinairement la veille de la Chandeleur, ou un jour auparavant, lorsque cette veille se rencontrait un jour d'audience. (Savary, *Dictionn. du comm.*, v° *Consuls*, tome 2, p. 601.)

suls. — Chaque électeur écrivit sur un bulletin le nom de cinq personnes, dont l'une était désignée pour les fonctions de juge, et les quatre autres pour celles de consuls. — Ces bulletins furent placés dans un chapeau, et dépouillés par quatre scrutateurs, qui proclamèrent les noms des élus.

Ainsi qu'on l'a vu, ces magistrats consulaires devaient prêter serment devant le prévôt des marchands ; mais en enregistrant l'édit de 1563, le parlement s'était réservé de recevoir ce serment. En conséquence, deux échevins, Claude Marcel et Claude Le Prestre, présentèrent les cinq élus en la cour de parlement, et, leur serment reçu, ils les ramenèrent à l'hôtel de ville. Là, une nouvelle assemblée de cinquante notables, convoqués conformément aux art. 14, 15 et 16 de la même ordonnance, désigna dix personnes chargées de lever, sur tous les marchands de Paris, une contribution de 20,000 livres pour faire l'achat du bâtiment destiné à la *place commune*.

Puis, ces formalités accomplies, le 7 février 1564, les juges consuls élus s'installèrent eux-mêmes au siége, dans la salle du logis abbatial de l'abbaye de Saint-Magloire, rue Saint-Denis, et immédiatement ils commencèrent à rendre la justice au commerce.

Ces formes étaient particulières à la première élection.

L'art. 2 de l'édit de 1563 déterminait en ces termes celles des élections suivantes :

« Ordonnons et permettons auxdits cinq juge » et consuls d'assembler et appeler, trois jours » avant la fin de leur année, jusqu'au nombre » de soixante marchands, bourgeois de ladite » ville, qui en éliront trente d'entre eux, lesquels, sans partir du lieu et sans discontinuer, » procéderont avec lesdits juge et consuls, en » l'instant et le jour même, à peine de nullité, » à l'élection de cinq nouveaux juge et consuls des marchands, qui feront le serment » devant les anciens, et sera la forme susdite » gardée et observée dorénavant en l'élection » desdits juge et consuls, nonobstant opposition » ou appellations quelconques, dont nous réservons, à notre personne et notre conseil, la » connaissance, icelle interdisant à nos cours » de parlement et prévôt de Paris. »

Ici la loi constituait une élection à double degré : elle se contentait de poser des formalités générales que l'usage devait développer. — Qu'on nous permette de rappeler comment il fut procédé à cette seconde élection. — D'abord les juge et consuls sortants étaient de droit électeurs, et leur participation ne diminuait pas le nombre des électeurs ordinaires.

Durant leur exercice, les juge et consuls dressèrent une liste de soixante marchands. Trois jours avant l'expiration du temps de leur judicature, en 1565, sans aucun ordre du conseil du roi, ni du parlement, en vertu de l'autorité que leur attribuait l'édit de création, ils firent convoquer, par huissier, les soixante notables par eux choisis. — Le juge présida l'assemblée, et fit une allocution dans laquelle il recommanda aux électeurs « de regarder si » ceux qu'ils éliraient étaient gens de bien, » catholiques, bien vivants et de bonne conscience, non vindicatifs, ni favorables à personne, ayant moyen de vaquer une année » auxdits fait et charge, sans que telle charge » fût cause de leur ruine, aussi qu'ils ne puissent être ajournés à payer leurs dettes, autant que ce serait un scandale. »

Ensuite, et sur la proposition du magistrat qui présidait l'assemblée, chacun des soixante notables écrivit son nom personnel sur un bulletin qu'il jeta dans un chapeau. On prit au hasard trente de ces billets, et ceux dont les noms s'y trouvèrent inscrits furent élus comme électeurs, et furent chargés de désigner les juge et consuls. Ces électeurs prêtèrent serment, et l'élection commença dans un autre système : au lieu de procéder *par billottes*, comme on disait autrefois, la nomination se fit à haute voix. Le juge fit d'abord connaître son candidat ; après lui vinrent les quatre consuls, suivant leur ordre de nomination ; les deux scrutateurs, qui étaient les deux premiers électeurs désignés par le sort, opinèrent ensuite ; enfin chacun des notables, en suivant l'ordre dans lequel les noms étaient sortis du chapeau, vota à son tour.

Une circonstance imprévue se présenta. Le juge et les deux premiers consuls furent élus sans incidents, mais les deux autres consuls ayant réuni le même nombre de voix, on ne put savoir auquel des deux appartenait la troisième charge consulaire. Il fut décidé que les deux noms seraient réunis dans un chapeau, et que le premier nom sortant serait troisième consul, et l'autre quatrième consul.

Après les autres formalités, qui furent semblables à celles de la première élection, et le serment qui fut également prêté en cour du parlement, les nouveaux juge et consuls furent installés au siége par leurs prédécesseurs, qui, pour les diriger, les assistèrent pendant quinze jours.

2. Il n'était pas sans intérêt de rechercher comment, dans l'origine, fut exercé le droit d'élire les juge et consuls ; mais nous ne saurions poursuivre le récit des élections postérieures sans excéder la tâche que nous nous sommes imposée. Au surplus, on trouvera de précieux renseignements à ce sujet dans le *Recueil des règlements des agréés*, ouvrage fort remarquable de Guibert, qui a laissé d'honorables souvenirs du barreau consulaire. C'est dans les notes qui accompagnent sa notice historique, et dans le *Dict. du comm.* de Jacques Savary, v° *Consuls*, tome 2, pages 601 et 602, que nous avons puisé les détails que l'on vint de lire.

Cependant, ajoutons quelques mots :

Ce fut une déclaration du 18 mars 1728 qui institua, pour la première fois, l'usage du renouvellement partiel, encore en vigueur aujourd'hui.

Enfin, l'édit de février 1776, en supprimant les jurandes et maîtrises, laissa subsister dans toute sa force le système de l'élection ; son article 16 est la confirmation presque textuelle des art. 1er et 2 de l'édit de 1563.

En 1790, de grands événements s'étaient accomplis : le gouvernement n'avait plus pour origine l'hérédité d'une puissance divine et absolue. Le peuple souverain s'était introduit dans les éléments constitutifs de l'ordre social : le roi, les grands corps de l'État n'étaient que ses premiers représentants; et ce principe électif, devenu le mobile de ces institutions nouvelles, dotait le pays de tous ses fonctionnaires. Les juges des tribunaux civils étaient élus pour six années par les justiciables [1]. Dès lors, il était évident que l'élection, admise par la monarchie absolue pour les magistrats consulaires, serait conservée par la monarchie représentative pour la nomination des membres des tribunaux de commerce. — On lit, en effet, dans l'art. 7, titre 12 de la loi des 16-24 août 1790 : « Les juges de commerce seront élus dans l'assemblée des négociants, banquiers, marchands, manufacturiers, armateurs et capitaines de navire, de la ville où le tribunal sera établi. »

La constitution du 22 frimaire an 8 (art. 7, 8 et 67) cessa d'appliquer la voie de l'élection à la nomination des juges des tribunaux civils; mais ni cette loi ni aucune autre n'en priva les tribunaux de commerce, qui sont ainsi parvenus, jusqu'en 1807, jusqu'au Code de commerce.

3. L'article 618 de ce Code dispose que les membres des tribunaux de commerce sont élus dans une assemblée composée de commerçants notables, et principalement des chefs des maisons les plus anciennes et les plus recommandables par la probité, l'esprit d'ordre et d'économie.

Ici, quoique le principe de l'élection soit emprunté de la loi de 1790, il existe entre cette loi et le Code une différence qui ne doit point passer inaperçue.

La commission chargée de la rédaction du projet du Code de commerce, avait dit, dans l'article 426 : « Les membres des tribunaux de commerce seront élus par les commerçants domiciliés et résidants dans l'arrondissement. »

Dans son projet corrigé, la commission modifia sa proposition, et admit seulement le concours des commerçants *notables*. Elle dit à ce sujet : « Dans les grandes villes de commerce, et même dans les villes du second et du troisième ordre, on ne peut réunir *tous* les commerçants pour l'élection des juges.

» Des juges ne peuvent être bien choisis que par ceux qui ont le plus d'intérêt à ce que cette fonction ne soit confiée qu'à des hommes capables de la bien remplir.

» Les rapports qui existent entre les différentes classes de commerçants ne sont que relatifs : en les appelant tous, soit dans un même lieu, soit dans différentes assemblées, il peut en résulter une grande confusion ou une grande indifférence; ce double inconvénient doit paraître assez sensible; l'expérience ne l'a que trop prouvé dans le système des élections. » (*Analyse raisonnée des observations des tribunaux de commerce*, page 179.)

4. L'art. 619 détermine comment sera dressée la liste de ces notables. « La liste des notables sera dressée, sur tous les commerçants de l'arrondissement, par le préfet, et approuvée par le ministre de l'intérieur : leur nombre ne peut être au-dessous de vingt-cinq dans les villes où la population n'excède pas quinze mille âmes; dans les autres villes, il doit être augmenté à raison d'un électeur pour mille âmes de population [2].

Lorsque certaines parties du Code de commerce ont été soumises à la révision du législateur, l'attention de la chambre des pairs s'est portée sur cet article 619. Après une discussion approfondie, son système général fut maintenu, et l'on conserva aux préfets le soin de confectionner la liste des notables. Toutefois, deux dispositions accessoires furent ajoutées. — En premier lieu on augmentait le nombre des électeurs en le portant à quarante, au lieu de vingt-cinq, dans les villes dont la population n'excède pas quinze mille âmes. — En deuxième lieu, on imposait aux préfets l'obligation de consulter préalablement les chambres et tribunaux de commerce, et les maires des villes ou siéges des tribunaux.

La chambre des députés, par son vote du 24 janvier 1840, rejeta ces amendements et maintint dans toute sa pureté le texte de l'art. 619.

Le projet de loi fut donc reporté à la chambre des pairs, et, dans son exposé des motifs, le ministre de la justice disait, le 4 février :

« Nous nous dispenserons d'entrer ici dans le développement des différents motifs qui ont pu déterminer la résolution de la chambre des députés. Il nous suffira de faire remarquer que le régime du Code de commerce, qui, comme on l'a dit précédemment, a vécu pendant plus de trente ans sans réclamation importante, et qui a doté le pays de magistrats consulaires dignes de leur haute mission, n'exigeait pas impérieuse-

[1] Art. 3 et 4, tit. 11, loi des 16-24 août 1790.

[2] Par dérogation à l'art. 619 du Code de commerce, la liste des notables, mentionnée en cet article, sera dressée par les états députés de la province. (Loi belge du 4 août 1835.)

ment les deux modifications qu'on voulait y introduire. — On a paru craindre d'ailleurs, quant à l'extension de la notabilité commerciale, que, dans les villes au-dessous de 15,000 âmes, il fût souvent difficile de former une liste de quarante électeurs. — Quant à l'obligation de consulter les autorités locales pour la formation de cette liste, il n'était pas sans doute indispensable de la formuler en article de loi; car, sous l'empire de la législation actuelle, les préfets, sur qui pèse la responsabilité de la désignation, ont toujours compris que le concours des représentants légaux du commerce leur était nécessaire. »

Ici quelques observations sont indispensables sur ce qui se trouve dans l'art. 619 et sur ce qui n'y est pas.

Le droit accordé aux préfets de dresser la liste des notables a le double tort d'être rétrograde et de méconnaître sans utilité les intérêts et les vœux du commerce.

Quand je dis que ce droit est *rétrograde*, je ne fais point allusion à la loi de 1790, qui rendait toute liste inutile puisqu'elle admettait à l'élection tous les commerçants, quelle que fût leur renommée. Je compare le Code à nos anciennes ordonnances, qu'on n'accusera pas de libéralisme outré, à l'ordonnance de 1563. — Si le prévôt des marchands, que remplace aujourd'hui le préfet, fut chargé de choisir et de convoquer les cent notables devant procéder à l'élection des juge et consuls, du moins les échevins lui furent adjoints, et, d'ailleurs, il n'existait pas encore de juridiction consulaire, il s'agissait de l'établir, et de procéder à l'élection pour la première fois. Mais lorsque les juges de commerce eurent pris possession de leurs fonctions, le choix des soixante électeurs qui devaient désigner leurs remplaçants leur fut attribué, à l'exclusion du prévôt des marchands. (Art. 2.)

Et certes, ce fut avec juste raison. Comment! il s'agit de déférer un honneur aux commerçants que recommande une longue et honorable carrière; il s'agit de reconnaître ceux qui se sont distingués entre leurs pairs, et à qui confie-t-on cette mission? A un fonctionnaire, intelligent sans doute, mais dont la vie s'est écoulée loin des transactions du commerce, qui n'a, sur le caractère particulier de tel ou de tel commerçant, que des notions incertaines toujours, quelquefois erronées, et dont la préoccupation première pourra être de rechercher les électeurs dévoués au ministère qui l'a nommé.

L'ordonnance de 1563 était plus sage et plus logique : elle pensait que le juge des procès était le meilleur juge de la notabilité du commerçant; que ces magistrats, en contact permanent avec les hommes et les choses du commerce, intimement liés à eux par leurs affaires personnelles et par la nature de leurs fonctions, trouveraient dans ces affaires et dans ces fonctions mêmes des éléments décisifs d'une saine appréciation.

Nous regrettons vivement que le législateur moderne en ait autrement décidé.

Nous comprenons cependant la pensée qui a motivé sa détermination. Il n'a pas voulu que les élections consulaires devinssent une arène politique, dans laquelle le siége du magistrat serait le prix, non du talent et de l'expérience, mais du culte voué à telle ou telle opinion. Cette crainte nous paraît exagérée : plus que tous autres, les commerçants ont besoin d'ordre, de paix, de stabilité, et, si un désir d'opposition dominait leur choix, il faudrait de bien graves circonstances et une désaffection bien générale.

On a craint aussi que les membres des tribunaux de commerce ne fissent des choix dictés par leur intérêt personnel, et par le désir de perpétuer, autant que le permet la loi, la permanence de leur judicature. — Il nous paraît bien difficile qu'une compagnie tout entière s'unisse dans de pareilles pensées : cette supposition même a quelque chose de blessant pour des magistrats investis de la confiance de leurs pairs, et l'honneur d'être juge consulaire, quelque considération qu'il apporte, est accompagné de tant de soins et de fatigues, qu'il est plutôt une charge qu'un objet de convoitise. Il faut du dévouement, et non de l'ambition, pour accepter de si délicates fonctions. D'ailleurs, si ces inconvénients étaient possibles, il serait facile d'y obvier : en confiant aux tribunaux de commerce la confection de la liste des notables, l'administration aurait pu rester armée d'un droit de censure; elle aurait pu laisser au préfet la révision et au ministre l'approbation de cette liste.

Au lieu d'agir ainsi, non-seulement le concours des tribunaux de commerce n'est point placé en première ligne, mais même il n'entre point comme l'élément le plus faible dans la désignation des notables : ces tribunaux n'ont plus le droit de prendre communication de la liste dressée par le préfet, ni de demander l'admission des commerçants qui réalisent à leurs yeux toutes les conditions de la notabilité commerciale.

Eh! que dit-on pour justifier cette mesure de la chambre des députés que la chambre des pairs, pressée par la clôture de la session, a été obligée de subir? Que, depuis trente ans, il ne s'est point manifesté de graves abus; que les préfets, sans y être obligés, ne manquent jamais de consulter les tribunaux de commerce[1].

[1] On lit en effet dans Locré, tome 8, page 60 : « Il n'est » sans doute pas de préfet qui, pour former la liste, ne » consulte le tribunal de commerce, et le tribunal peut » aussi adresser des observations au préfet et au ministre. »

C'est, il faut le dire, une pitoyable raison. Lorsque l'on sait qu'un abus est possible, lorsque l'on touche au doigt le moyen de le prévenir, n'est-ce pas une grande témérité que de repousser ce moyen par cela seul que jusqu'à présent on n'a pas eu besoin d'en faire usage? Parce que des fonctionnaires prudents ont, de leur propre mouvement, eu recours à une mesure utile, faut-il désormais l'abandonner à leur sagesse? N'est-il pas plus conforme aux règles de bonne administration de placer l'accomplissement de cette mesure au rang de leurs devoirs, au lieu de la laisser parmi *leurs droits?*

Qu'il nous soit permis de placer ces réflexions sous l'autorité de E. Vincens, dont nous aimons à citer l'opinion; car nul auteur n'apporte dans l'examen des questions commerciales un esprit plus judicieux :

« Les tribunaux de commerce, une fois institués, étaient plus propres que personne à constater la notabilité des commerçants. On aurait dû, tout au moins, les faire concourir avec les préfets; ou si l'on avait cru que ceux qui viennent de prononcer sur la fortune de leurs concitoyens ne pouvaient sans inconvénient, et quoique non rééligibles, influer dans le choix de ceux qui leur nommeront des successeurs, il y a des chambres de commerce, qui, ce me semble, devraient avoir l'initiative ou la plus grande part dans la rédaction des listes. Il eût été plus que suffisant de faire intervenir le préfet pour les contrôler. Quant à l'approbation du ministre, on sent qu'il est difficile qu'elle soit autre chose que de forme, les éléments de ces listes dans toute la France ne pouvant lui être connus. Cette disposition porte, au reste, comme tant d'autres, la marque de l'esprit propre à une administration dont le maître aimait à beaucoup gouverner, et voulait paraître retenir sous sa main même les choses qui lui échappaient de leur nature. Quoi qu'il en soit, de 1815 à 1816, les préfets ont cru devoir *épurer* et refaire à l'envi les listes de presque toute la France. Leur formation étant arbitraire, souvent, pour être notable, il s'agissait et il suffisait d'appartenir à une certaine opinion. Un grand nombre de commerçants ont demandé pourquoi ils étaient moins notables d'une année à l'autre, moins chefs des anciennes maisons, moins recommandables par l'esprit d'ordre et d'économie, comme s'exprime la loi, le tout sur un changement survenu à la préfecture, et non dans le commerce. Quelques scandales ont eu lieu : il a fallu, pour les réparer, un nouveau bouleversement de listes aux élections suivantes : il est indubitable que le Code a laissé ici une lacune à remplir. » (Tome 1er, liv. 1er chap. 2, n° 5, pag. 64 et 65.)

Ces observations, fondées sur les enseignements de l'expérience, sont sans réplique; et cependant le législateur de 1840 a refusé de combler cette lacune, qui lui était si énergiquement signalée!

5. Quoique la loi soit sujette à critique, il faut l'exécuter : tous les pouvoirs seraient mêlés et confondus si les tribunaux de commerce pouvaient infliger un blâme solennel et public aux opérations suivies par les préfets dans la confection de la liste des notables. Et cependant le tribunal de commerce d'Angers a méconnu cette règle salutaire de la séparation des pouvoirs : par une délibération spéciale, il s'était livré contre le préfet de Maine-et-Loire aux attaques les plus violentes. La cour de cassation a été saisie, et le procureur général Dupin a déposé le réquisitoire suivant :

« M. le procureur général requiert l'annulation, pour excès de pouvoirs, d'une délibération prise par cinq membres réunis du tribunal de commerce d'Angers, relativement à la composition de la liste des notables commerçants.

» Ces magistrats, convoqués par le second juge, en l'absence du président, et sans que le juge le plus ancien eût été mis en demeure, se sont permis de censurer le mode de confection de la liste récemment dressée par M. le préfet de Maine-et-Loire, en vertu de l'art. 619 du Code commercial. On lit dans cette délibération « que la loi a été appliquée abusivement et sans » loyauté; que de pareils manquements, toujours déplorables, provoquent spécialement » un blâme sévère quand il s'agit de commerce; » car le commerce s'honore, sur toutes choses, » de respecter avec une scrupuleuse exactitude » toutes les prescriptions de la loyauté. »

» En s'arrogeant et exerçant, dans des termes si peu mesurés, un droit de blâme contre les actes de l'autorité administrative, les membres du tribunal de commerce d'Angers qui ont pris la délibération déférée à la cour ont méconnu leurs devoirs, outre-passé leurs pouvoirs, et violé les art. 13 et 2 de la loi du 24 août 1790, ainsi que la loi du 16 fructidor an 3, qui défendent aux juges d'empiéter sur les attributions de l'autorité administrative; ils ont, en outre, aggravé leurs torts en faisant publier, dans le *Précurseur de l'Ouest*, n° du 3 déc., la décision intervenue.

« La cour de cassation a plusieurs fois annulé des actes analogues, notamment par arrêts rendus sur nos conclusions les 22 juillet 1840 et 17 janvier 1842.

» Nous requérons, pour le roi, qu'il plaise à la cour annuler pour excès de pouvoirs la délibération dénoncée; ordonner qu'à la diligence du procureur général l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres du tribunal de commerce d'Angers. »

Le 16 janvier 1844, la cour, au rapport de M. le conseiller Mesnard, et par les motifs exposés dans le réquisitoire, a annulé, pour excès de pouvoirs, la délibération dénoncée, et ordonné qu'à la diligence du procureur général l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres du tribunal de commerce d'Angers.

6. Qu'on le remarque, ce ne sont pas seulement les commerçants de *la ville* où se fait l'élection qui composent la liste des notables : cette liste doit être formée sur *tous les commerçants de l'arrondissement*. Ces derniers mots ont été ajoutés au texte primitif de l'art. 619, afin de prévenir toute équivoque.

7. L'élection est faite au scrutin individuel, à la pluralité absolue des suffrages.

Lorsqu'il s'agit d'élire le président, l'objet spécial de cette élection est annoncé avant d'aller au scrutin. — Art. 621, C. comm.

8. Si, au commencement de ce chapitre, j'ai rappelé comment les élections se faisaient sous l'ancienne loi, et sous les anciens usages, ce n'était point pour faire étalage d'une stérile érudition : c'était pour mettre en relief les imperfections de la loi moderne. Sans doute, il est utile de faire des lois claires et brèves (et, sous ce rapport, notre législation sert de modèle); mais il est utile aussi de ne pas abandonner au caprice des habitudes locales le soin de régler des points importants. — Dans l'art. 621, le législateur a trop compté sur les souvenirs du passé, et trop abandonné de choses à l'interprétation.

Ainsi, l'ordonnance de 1563 déterminait l'époque où les élections devaient avoir lieu, et le Code est muet à ce sujet. — Dans l'usage, à Paris, les élections se font vers le mois de juillet.

Ainsi, lors de l'élection des juge et consuls, on faisait prêter serment aux électeurs; — aucun texte aujourd'hui ne parle de cette formalité ; cependant, il est d'usage de soumettre les électeurs à jurer fidélité au roi des Français, obéissance à la charte constitutionnelle et aux lois du royaume.

Ainsi, l'art. 2 de l'édit de 1563, pour éviter aux électeurs les sollicitations des candidats, et assurer la pureté de l'élection voulait qu'il y fût procédé *en l'instant et le jour même, à peine de nullité*. — Notre loi ne contient aucune disposition semblable.

Ainsi, aucune disposition ne fixe le minimum d'électeurs qui devront concourir à l'élection ; de telle sorte que quelques votants seulement, quoique ne formant qu'une imperceptible minorité, pourraient choisir les magistrats consulaires.

Ainsi, l'édit de 1663 prescrivait le renouvellement annuel de la liste électorale, — tandis que notre Code, en en laissant la confection exclusive aux préfets, ne détermine ni leur forme, ni leur durée.

Ainsi, la convocation des électeurs était expressément attribuée aux juge et consuls sortants. — Dans notre Code, rien encore à ce sujet. — Du reste, à l'aide des discussions qui ont préparé la législation commerciale, nous pouvons combler cette dernière lacune. La commission avait proposé, dans son art. 427, de dire : « *La forme de la convocation des commerçants est fixée par le gouvernement.* » Plus tard, et en corrigeant son projet, elle adopta le système contraire et rédigea ainsi l'article : « *Les notables commerçants seront convoqués par le tribunal de commerce.* Au corps législatif, on pensa que cette mesure, de pure exécution, était mieux placée dans les mains d'un fonctionnaire de l'ordre administratif que dans les attributions d'un corps judiciaire : en conséquence, on supprima la disposition proposée, en convenant que la convocation serait faite par le préfet.

Enfin, aucun règlement ayant force de loi ne prescrit les formes qui seront suivies lors de l'élection, dans l'assemblée des électeurs : l'usage encore a dû suppléer à ce silence, et appliquer à ces réunions les formes suivies dans les réunions politiques. — Le doyen d'âge est président, et le plus jeune électeur, secrétaire provisoire. On nomme au scrutin le bureau définitif, et les scrutateurs, qui ont pour mission de dépouiller les votes. Le procès-verbal des délibérations est rédigé par le secrétaire, et signé par tous les membres du bureau.

CHAPITRE V.

De la capacité requise pour être membre d'un tribunal de commerce.

SOMMAIRE.

1. Les conditions d'éligibilité aux siéges consulaires ne sont pas toutes dans le Code. — Il faut être Français pour pouvoir être élu.
2. Le projet primitif permettait d'élire *tout individu*. — Après discussion, le législateur a conféré l'éligibilité à *tout commerçant*.
3. Les commerçants retirés sont éligibles comme les commerçants qui exercent actuellement. — Avis du

conseil d'État du 2 février 1808. — Opinion conforme des auteurs.
4. Le commerçant retiré, étant éligible, peut-il être électeur? — Solution négative.
5. Les commerçants *faillis* conservent-ils l'électorat et l'éligibilité? — Solution négative. — Jurisprudence.— Doctrine. — Citation de E. Vincens.
6. Les commerçants non portés sur la liste des notables peuvent cependant être élus.
7. Les agents de change et courtiers sont éligibles.—Pratique conforme. — Opinion des auteurs.
8. Les commerçants élus peuvent exercer le commerce ailleurs que dans la ville où le tribunal est établi.
9. C'est à trente ans, seulement, que les commerçants peuvent être nommés juges. — Rejet de la proposition d'abaisser l'âge à vingt-sept ans, comme sous l'ancienne législation.
10. Conditions particulières au président.
11. Lacune de la loi. — Lorsqu'un tribunal de commerce est établi pour la première fois, il est impossible de choisir le président parmi les anciens juges.—Avis du conseil d'État du 21 décembre 1810.
12. Incompatibilités et dispenses nées de la qualité de juge. — Jurisprudence.
13. Dispense de la garde nationale pendant la durée de la judicature. — Citation de Rogue.

« Tout commerçant pourra être nommé juge ou suppléant, s'il est âgé de trente ans, s'il exerce » le commerce avec honneur et distinction depuis cinq ans. — Le président devra être âgé de » quarante ans, et ne pourra être choisi que parmi les anciens juges, y compris ceux qui ont exercé » dans les tribunaux actuels et même les anciens juges-consuls des marchands. »

(Art. 620, *C. de comm.*)

1. Ces conditions d'éligibilité méritent quelques observations.

Un commerçant pourrait réunir les qualités requises par l'art. 620, et cependant n'avoir pas la capacité nécessaire pour être juge de commerce. La magistrature exerce la puissance publique; elle est un des grands pouvoirs de l'État. Appelés souvent à décider des questions qui intéressent l'honneur, l'indépendance ou le bien-être du pays, les juges doivent avoir des sentiments profonds de nationalité, sentiments qui n'appartiennent qu'aux regnicoles. Il est donc, avant toutes choses, indispensable d'être Français de naissance, ou par naturalisation, pour pouvoir être valablement élu membre d'une juridiction consulaire [1], Si l'art. 620 ne mentionne pas cette condition, c'est qu'elle résulte de la nature des fonctions, et qu'elle fait partie de notre droit public. — L'art. 1er de l'édit de 1563 contenait sur cet objet une disposition expresse. Au surplus, une circulaire du ministre de la justice, en date du 27 octobre 1817, et que l'on trouvera à sa date, a fait cette judicieuse observation, et invité les préfets à la porter à la connaissance des notables commerçants.

2. Les commissaires rédacteurs, au lieu de réserver aux commerçants les fonctions consulaires, accordaient le droit de les obtenir à *tout individu*.

La cour de cassation, et presque tous les tribunaux de commerce réclamèrent contre cette innovation. Ils dirent : — que la plus belle prérogative du commerce était d'être jugé par ses pairs; — que si les fonctions consulaires étaient une charge, elles devaient être imposées à ceux qui en retiraient les bénéfices; — que si elles étaient un honneur, il devait être réservé à ceux qui, par leur zèle cent fois prouvé, l'avaient constamment mérité; — qu'il fallait, pour décider les causes commerciales, une expérience que seule donne la pratique des affaires; — que, dès lors, le projet de la commission devait être repoussé.

Ces vœux furent entendus : les auteurs du projet s'y conformèrent, et au lieu de *tout individu*, la loi dit : *tout commerçant*.

3. Ces expressions, *s'il exerce le commerce*, que l'on rencontre dans l'art. 620, offraient quelque ambiguïté. Grammaticalement parlant, il semble qu'un *exercice présent, actuel*, est une condition impérieuse d'éligibilité. — Si telle eût été la pensée de la loi, les tribunaux auraient été privés du concours d'une foule de membres distingués. Les anciens négociants ne se retirent volontairement des affaires que lorsque l'intelligence et le travail ont solidement établi leur fortune. Cette carrière, couronnée de succès et si bien remplie, atteste leur parfaite aptitude aux délicates fonctions de juges de commerce : leur fortune est un gage d'indépendance et leurs loisirs assurent l'efficacité de leur intervention. Les éloigner d'une retraite active et honorable, priver de leurs services le commerce auquel les rattachent leurs lumières et leurs souvenirs, ce serait méconnaître le but du législateur, et s'armer de la lettre de la loi pour en violer l'esprit.

Du reste, l'usage interprétait comme nous le Code de commerce, lorsque, pour prévenir toute obscurité, le conseil d'État vint l'expliquer par son avis du 2 février 1808, dont voici le texte :

« Le conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section de législation sur celui du ministre de l'intérieur tendant à fixer le sens de l'art. 620 du Code de commerce, et à décider si cet article rend inéligibles aux tribunaux institués pour cette partie, les négociants qui ne font pas actuellement le commerce;

[1] *V.* Brux., 13 août 1838, *J. de Br.*, 1838, p. 502.

» Vu ledit article ainsi conçu : (*Suit l'article.*)

» Considérant qu'il ne peut y avoir de difficulté sérieuse à l'égard du président, la loi n'obligeant qu'à le prendre parmi les anciens juges; ce qui emporte bien la condition d'avoir exercé le commerce pendant plus de cinq ans, puisqu'il n'a pu être antérieurement juge qu'après ce laps de temps; mais ce qui n'établit point textuellement qu'au moment où il est élu président, il doive encore exercer le commerce.

» Qu'en ce qui concerne le simple juge, ces mots, *s'il exerce depuis cinq ans*, employés par la loi et pris au présent, offrent littéralement un peu plus de difficulté, qui cependant doit se dissiper en se pénétrant de l'esprit de cette loi;

» Que ce que le législateur a voulu, ç'a été que les juges de commerce eussent une expérience garantie par un exercice suffisant, et dont il a fixé la durée; mais qu'il n'est point entré dans ses vues d'exclure les négociants retirés, qui étaient d'ailleurs formellement admis par l'ordonnance de 1673 et par la loi du 10 août 1791, et dont l'exclusion eût été prononcée sans doute en termes aussi formels, si telle eût été l'intention du législateur;

» Qu'au surplus cette exclusion ne pourrait être que nuisible au commerce, en privant ses tribunaux de juges qui, à une expérience également garantie, réunissent plus de loisirs;

» Qu'à la vérité, celui qui n'aurait quitté le commerce que pour suivre une autre profession, n'aurait plus la capacité requise, mais que cette modification qui est dans la nature des choses ne saurait nuire aux principes posés;

» Est d'avis que les commerçants retirés du commerce, et non livrés actuellement à d'autres professions, sont susceptibles d'être élus aux places mentionnées en l'art. 620 du Code de commerce, s'ils ont exercé le commerce pendant le temps prescrit, et s'ils remplissent d'ailleurs les autres conditions imposées par la loi. » (S.-V. 8, 2, 88.) [1].

4. *Le commerçant retiré, pouvant être élu juge de commerce, peut-il à son tour les élire? En d'autres termes, l'éligibilité renferme-t-elle nécessairement le droit électoral?*

Je ne le pense pas. — Le commerçant retiré a conservé toute son aptitude à connaître des contestations commerciales; cela n'est pas douteux; mais il s'agit ici d'un ordre d'idées tout à fait différent.

Dans l'élection du juge, il faut faire un *bon choix*. Or, le commerçant retiré manquera souvent des qualités nécessaires pour l'accomplir. D'abord, n'ayant plus d'opérations à régler, ni de procès à craindre, il n'a plus le mobile de l'intérêt personnel : dès lors, ou il ne viendra pas aux élections, on il ne s'occupera pas des renseignements à prendre sur les candidats qui sollicitent son suffrage. Ensuite, dans le commerce, les générations se succèdent rapidement, et n'ayant plus de rapports avec ceux qui se livrent aujourd'hui au fait de la marchandise, il n'aura pas de notions bien sûres pour diriger son choix.

Tel est l'esprit de la loi.

Quant à son texte, il confie l'électorat *aux commerçants notables*, et il ne l'accorde nullement *aux anciens commerçants*. Comme ici la pensée du législateur s'unit à l'expression elle-même, il est impossible d'agir, comme nous le faisions tout à l'heure, par voie d'interprétation.

Cette distinction a été faite de la manière la plus formelle par la loi du 10 août 1791, qui porte :

« L'assemblée nationale, après avoir entendu le rapport du comité de constitution, considérant que les anciens négociants, marchands, banquiers et autres désignés par la loi de l'organisation judiciaire, qui se sont retirés du commerce, ne peuvent, par le fait de cette discontinuation, être assujettis à prendre des patentes, décrète qu'ils sont éligibles en qualité de juges aux tribunaux de commerce, et *néanmoins qu'ils ne pourront être électeurs* [2]. »

5. *Les commerçants faillis conservent-ils le droit d'élire les membres des tribunaux de commerce ou d'être élus à ces fonctions?*

L'article 5 de la constitution du 22 frimaire an 8 porte : « L'exercice des droits de citoyen français est suspendu par l'état de débiteur failli ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli. »

Cette disposition n'a été abrogée ni modifiée par aucune loi postérieure [3] : c'est ce qui résulte d'une imposante jurisprudence [4].

E. Vincens établit avec beaucoup de lucidité les effets de cette disposition. « Les droits d'élire et d'être élu sont, dit-il, au nombre de ceux du citoyen; ce sont des droits civiques ou politiques. En conséquence, comme les autres de cette nature, leur exercice est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat du failli, détenteur à titre gratuit de sa succession en tout ou partie; de même par l'acte d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contu-

[1] Locré, tome 8, page 68; — E. Vincens, tome 1er, no 2, page 60; — Gasse, *Man. des juges de comm.*, page 50; — Bioche, vo *Tribunal de comm.*, no 24.

[2] *Pasinomie*, tome 3, page 203, première colonne; — E. Vincens. pag. 6.

[3] Mais *voy.* Liége, cass., 21 mai 1827, *Jur. du XIXe siècle* 1828, p. 95.

[4] Rennes, 23 juin 1827 (S.-V. 27, 2, 156); — *Tribunal civil de Saumur*, 13 sept. 1831 (S.-V. 31, 2, 274); — cass., 9 juillet 1832 (S.-V. 32, 1, 524); — cass., 6 août 1838 (S.-V. 39, 1, 130); — Rouen, 13 mai 1839 (S.-V. 39, 2, 346); — Favard, vo *Droits politiques*, sect. II, § 8; — Pardessus, no 1313; — E. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 2, no 6, page 65; — Carré, *Lois de la compét.*, no 221; — Locré, tome 8, page 73.

mace. Il se perd par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes. Si cette disposition conserve son autorité, c'est sans doute pour être éminemment conforme à l'opinion et à l'honnêteté publique, car elle n'est plus écrite que dans la constitution de l'an 8, qu'il est étrange d'avoir à invoquer sous la charte. »

Nous n'avons rien à ajouter à ces observations si justes et si claires.

6. Les commerçants qui ne sont pas portés sur la liste électorale, et dont la notabilité commerciale n'est pas régulièrement constatée, peuvent être élus membres des tribunaux de commerce. L'art. 620, en effet, s'applique à *tous les commerçants*, sans distinction, et ne leur impose, sous ce rapport, qu'une seule condition, celle d'avoir exercé le commerce pendant cinq ans au moins, et de l'avoir fait avec honneur et distinction.

D'ailleurs, qu'on le remarque, en dressant les listes électorales, les préfets ont à choisir parmi les négociants notables, et les listes étant complètes par le nombre déterminé par la loi, il reste encore en dehors des négociants qui peuvent mériter le caractère de notabilité.

7. Il est, comme nous le verrons plus tard, des commerçants qui doivent être placés dans une catégorie particulière. Ce sont les *agents de change* et les *courtiers*. Pour que la partie soit égale en affaires de commerce, la loi leur interdit de faire, pour leur compte personnel, des opérations que leur connaissance des secrets d'autrui rendait trop redoutables. — Cette position spéciale les rend elle incapables de monter au siége consulaire? — Je ne le pense pas, et, dans la pratique, on décide toujours conformément à mon opinion. En réputant les opérations de change et de courtage des actes de commerce, en donnant aux agents intermédiaires du commerce la qualité de commerçants, et en ne faisant aucune distinction sur le droit d'éligibilité, la législation commerciale, loin de la repousser, admettrait la candidature et la nomination d'un agent de change ou d'un courtier.

Au tribunal de commerce de Paris, plusieurs agents de change ont exercé avec distinction les fonctions de juges [1]. — [2].

8. Afin que les candidats fussent connus des électeurs, l'article 7 du titre 12 de la loi du 24 août 1790 exigeait qu'ils eussent exercé le commerce *dans la ville même où le tribunal est établi*. On espérait, par là, diriger le choix des commerçants. — Alors le nombre des tribunaux de commerce était restreint, et l'exécution de cette disposition était facile. — Aujourd'hui le nombre de ces tribunaux a considérablement augmenté : il en a été placé dans de petites villes, où il serait quelquefois difficile de trouver des magistrats capables. Aussi l'en a supprimé cette condition.

9. Lorsqu'il a été question de l'âge à exiger des candidats à la magistrature consulaire, le tribunal d'Angoulême demandait que l'article 9 du titre 12 de la loi de 1790 fût modifié, et que les commerçants, au lieu d'être éligibles à trente ans, pussent être nommés juges ou suppléants à vingt-sept ans, comme l'avait réglé l'ancienne ordonnance.

Ce système fut rejeté, et le système de la loi d'organisation fut maintenu.

10. Quant au président, on sait qu'il doit être âgé de quarante ans, et qu'il ne peut être choisi que parmi les anciens juges.

11. Là encore il existe une lacune que l'usage a dû combler. Il semble que cette partie du Code de commerce, qui certes était l'une des plus essentielles, ait été faite avec une regrettable précipitation.

Comment choisir le président *parmi les anciens juges*, lorsqu'il est créé des tribunaux de commerce dans les arrondissements où il n'en existait pas, et où, par conséquent, il n'y avait pas de juges?

Un avis du conseil d'État du 11 décembre 1810, reconnaissant l'impossibilité d'exécuter la loi, déclare que, dans ce cas, le président peut être choisi parmi tous les commerçants qui remplissent les autres conditions de la loi. — Voici le texte de cet avis :

« Le conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section de législation sur celui du grand juge, ministre de la justice, expositif que dans les lieux où il n'existait pas de tribunaux de commerce, avant le dernier décret d'organisation desdits tribunaux, il est impossible d'exécuter la disposition de l'art. 620 du Code de commerce, portant que. . . . . . ;

» Considérant que la loi n'a évidemment voulu que ce qui est praticable,

» Est d'avis

» Que la disposition ci-dessus rappelée est inapplicable à la première formation des tribunaux de commerce dans les lieux où il n'en existait point avant le décret d'organisation générale desdits tribunaux ; qu'en conséquence, dans lesdits lieux, et pour la première fois seulement, le président du tribunal pourra être désigné parmi tout commerçant remplissant les autres conditions de la loi. »

12. Incompatibilités et dispenses nées de la qualité de juge de commerce. — Quoique le Code de commerce n'exige point des juges

[1] E. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 2, page 62; — Borson, tome 2, quest. 193 et 194, page 403; — Carré, *Lois de la compét.*, quest. 478.

[2] En sens contraire, *voy.* Bloche, vº *Tribunal de comm.*, nº 16, page 300.

d'autres qualités que celles que nous venons de rappeler, cependant il est certaines incompatibilités qui prennent leur origine dans les principes d'une bonne administration de la justice, et dans le désir de maintenir intacte la dignité des magistrats. En voici quelques exemples :

1° Les parents et alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ne peuvent simultanément être membres d'un même tribunal de commerce, même commis greffier, sans une dispense du roi. — Il n'est accordé aucune dispense dans les tribunaux composés de moins de huit juges. — En cas d'alliance survenue depuis l'élection, celui qui l'a contractée ne peut continuer les fonctions sans une dispense. (Article 63 de la loi du 20 avril 1810.)

Ces règles s'appliquent aux juges suppléants comme aux juges titulaires.

2° Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, dépens et dommages-intérêts. (Art. 1597, Code civil.)

3° Les fonctions de juré sont incompatibles avec celles de juge. (Art 383, Code d'instr. crim.) — Le mot *juge* comprend les juges de commerce [1].

Mais le membre d'un tribunal de commerce qui a cessé ses fonctions avant l'ouverture de la session de la cour d'assises peut remplir les fonctions de juré pendant cette session [2].

De même les juges suppléants ne faisant pas partie nécessaire du tribunal ne peuvent faire valoir leurs fonctions pour se dispenser de remplir la charge de jurés. — C'est la jurisprudence constante des cours d'assises de Paris; et notamment, *voir* un arrêt du 17 février 1831, et un autre du 13 avril 1839 [3].

4° Les parties ne peuvent charger de leur défense, soit verbale, soit par écrit, même à titre de consultation, les juges en activité de service, même dans les tribunaux autres que ceux près desquels ils exercent leurs fonctions. — Pourront néanmoins les juges plaider, dans tous les tribunaux, leurs causes personnelles et celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles. (Art. 86, Code de proc.)

13. Pendant la durée de leur judicature, les membres des tribunaux de commerce peuvent se dispenser du service de la garde nationale, nonobstant leur inscription sur les cadres. (Art. 28 de la loi du 22 mars 1831.)

« Les juges consuls, disait Rogue, pendant » le temps de leur exercice, sont exempts de » toutes fonctions et charges publiques. » (Lettres patentes de février 1566.) — « Ils sont » exempts de logement des gens de guerre, de » guet et de garde. » (Édit de 1701, touchant le commerce en gros, art. 9, tome 1er, chap. 1er, n° 4, page 3.)

CHAPITRE VI.

Du renouvellement des membres du tribunal de commerce.

SOMMAIRE.

1. Utilité du renouvellement partiel des juges. — Loi du 24 août 1790 conforme.
2. Les juges sortants continuent leurs fonctions jusqu'à l'installation de leurs successeurs. — Citation de l'arrêt de la cour de cassation du 13 juin 1838. — Jurisprudence conforme. — Dissentiment avec Carré.

« A la première élection, le président et la moitié des juges et des suppléants dont le tribunal » sera composé seront nommés pour deux ans; aux élections postérieures, toutes les nominations » seront faites pour deux ans.

» Tous les membres compris dans une même élection seront soumis simultanément au renouvel- » lement périodique, encore bien que l'institution de l'un ou plusieurs d'entre eux ait été différée. »

(Art. 622 du *C. de comm.*)

1. Le système du Code est fort sage : pour que les nouveaux juges ne soient point surpris

---

[1] Cass. 31 janv. 1812 (S.-V. 17, 2, 319); Liége, 18 mars 1841, *J. de Br.*, 1841, p. 539. —Cass. 15 juill. 1820 (S.-V. 39, 1, 420, en note) — Legraverend, tome 2, chap. 2, page 73, note 6; — Carnot, sur l'art. 384 du *Cod. d'instr. crim.*, tome 3, page 25; — Bourguignon, *Jurisp. du Code d'instr. crim.*, sur le même article, tome 2, page 245, n° 3; — Deserres, *Manuel des cours d'assises*, tome 1er, page 114, Legraverend, tom. 3, pag. 68, n° 240.

[2] Cass., 14 déc. 1837 (S.-V. 39, 1, 420).

[3] Legraverend, t. 3, p. 72, n° 240; Dalloz, t. 7, p. 323.

par leurs délicates fonctions, on laisse à côté d'eux sur le siége, et pendant un an, des juges anciens, dont l'expérience consultée avec fruit perpétuera au sein de la compagnie le souvenir des bonnes traditions.

La loi du 24 août 1790 (titre 12, art. 11) contenait la même disposition et la formulait en meilleurs termes :

« Les juges du tribunal de commerce seront deux ans en exercice : le président sera renouvelé par une élection particulière tous les deux ans; les autres juges le seront tous les ans par moitié. La première fois, les deux juges qui auront eu le moins de voix sortiront de fonctions à l'expiration de la première année : les autres sortiront ensuite à tour d'ancienneté. »

La première partie de l'art. 622 n'a produit aucune difficulté.

2. Lorsque l'art. 6 de la loi du 3 mars 1840 a ajouté à cet art. 622 le 2e § que l'on peut y lire, et dont on retrouvera les motifs au no 2 du chapitre suivant, page 39, un ancien magistrat consulaire, membre de la chambre des députés, Lebœuf, proposa de dire qu'en cas de retard dans l'installation des juges, les fonctions de leurs prédécesseurs continueront de droit jusqu'à cette installation. — Cet amendement fut retiré par son auteur sur l'observation du garde des sceaux, qui déclara que cette continuation était de droit, et que, si elle avait donné lieu à quelques procès, ils avaient été toujours décidés en ce sens.

Voici en effet le texte d'un arrêt qui justifie cette déclaration du ministre de la justice :

« Attendu qu'il est déclaré en fait que M. Guérin-Laroussardière n'avait point été remplacé lorsqu'il a participé au jugement du 17 août 1832;

» Attendu que le cours de la justice ne peut être interrompu;

» Que de l'art. 623, C. comm., il résulte que les juges des tribunaux de commerce doivent être remplacés après deux ans d'exercice; mais qu'il n'en résulte pas que les jugements auxquels ils ont dû concourir jusqu'à leur remplacement soient frappés de nullité, lorsqu'ils sont postérieurs à l'expiration des deux années, à partir de l'entrée des juges en fonctions;

» Qu'ainsi l'arrêt attaqué n'a pas violé ledit art. 623, C. comm., ni par suite l'art. 626, même Code;

« Rejette..., etc [1]. » — [2].

Vainement Carré, *Lois de la comp.*, question 480, s'arme avec une inflexible rigueur des termes de l'art. 623, et s'élève contre cette jurisprudence : il part d'une base essentiellement fausse, et sur laquelle roulent tous ses arguments; il dit : « Pour que des jugements soient valables, il faut qu'ils soient rendus par des juges ; or, le jour où expirent leurs deux années de judicature, les magistrats consulaires cessent de plein droit d'avoir le caractère de juges. » La cour de cassation et les cours royales ne méconnaissent pas les prémisses de ce raisonnement; seulement elles enseignent avec raison, en recherchant l'esprit de la loi, que la durée de deux années, imposée aux fonctions consulaires, avait pour but unique d'indiquer le caractère temporaire de ces fonctions : elles ajoutent, en consultant les inspirations du bon sens, les intérêts des justiciables et les nécessités de l'administration de la justice, que le caractère de juge du prédécesseur ne s'efface que devant l'institution et l'installation du successeur, et nous pensons avec elles qu'ici, compris dans le sens de Carré, le texte de la loi en tuerait l'esprit.

CHAPITRE VII.

De leur réélection et de la durée de leurs fonctions.

SOMMAIRE.

[1] Cass., 13 juin 1838 (S.-V. 38, 1, 619.

[2] Dans le même sens : Limoges, 18 juillet 1823 (D.-Alph. v° *Org. judic.*, p. 86; — Bastia, 27 nov. 1823 (D.-Alph., *loco citato*); — Colmar, 31 déc. 1830 (S.-V. 31, 2, 230); — Cass., 5 août 1841 (S.-V. 41, 1, 804, — Teulet, *Codes franç. annotés*, notes sous l'art. 623 du *Code de comm.*

2. Discussion nouvelle à l'occasion de la loi du 3 mars 1840. — Modification du Code. — Rapport de Bourdeau à la chambre des pairs.

3. Dispositions du deuxième paragraphe de l'article 623. Ses motifs.

« Le président et les juges sortant d'exercice, après deux années, pourront être réélus immédiatement pour deux autres années. Cette nouvelle période expirée, ils ne sont éligibles qu'après un an d'intervalle.

« Tout membre élu en remplacement d'un autre, par suite de décès ou de toute autre cause, ne demeurera en exercice que pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur. »

(Art. 623, *C. de comm.*)

1. L'article 431 du projet primitif du Code de commerce autorisait, dans les termes suivants, la réélection immédiate des juges de commerce : *Le président, les juges et suppléants peuvent être réélus.*

Ni les cours, ni les tribunaux, ni les chambres de commerce ne s'élevèrent contre cette disposition.

Cependant la section de l'intérieur du conseil d'État proposa la rédaction suivante, qui renversait complétement ce système :

« *Le président, les juges et les suppléants ne peuvent rester plus de deux ans en place*, ni *être réélus qu'après un an d'intervalle.* »

Après une discussion qu'il est inutile de rapporter, Maret exposa ainsi, au corps législatif, les motifs de cette modification : « La » question de savoir si les présidents et les juges » pouvaient être réélus indéfiniment a été résolue » négativement. La loi dispose qu'ils ne pour- » ront être réélus qu'après un an d'intervalle. » On ne s'est pas dissimulé qu'en prononçant » ainsi, la loi pourrait quelquefois priver, pen- » dant un an, un tribunal d'un ou de plusieurs » de ses membres les plus distingués ; on ne » s'est pas dissimulé qu'un tribunal fort rap- » proché de nous, où président depuis long- » temps la probité et les lumières, pourrait » sentir plus vivement cette privation ; mais » fallait-il mettre tels autres juges également » probes et éclairés, dans la position de souffrir » d'une non-réélection? Car, on ne peut se le » taire, si la réélection sans intervalle était per- » mise, tout juge qui ne l'obtiendrait pas se » croirait blessé dans son honneur. Or, la loi » doit-elle placer dans cette situation des hom- » mes qui abandonnent leurs affaires personnel- » les pour se livrer à un service pénible et gra- » tuit? Il a paru, d'ailleurs, que si la perpétuité » des fonctions, dans les tribunaux civils et cri- » minels, était un bienfait pour les justiciables, » il était plus dans l'intérêt du commerce que » des commerçants fussent successivement ap- » pelés à juger leurs pairs. C'est donc dans l'in- » térêt du commerce et dans celui des commer- » çants, appelés par l'estime publique à la » fonction de juges, que la loi a prononcé. » (*Exposé des motifs*, Thieriet, *Corps de droit comm.*, p. 233 et 234.)

Ces raisons furent admises, et le projet du conseil d'État devint l'art. 623 du Code de commerce.

Néanmoins un amendement avait été sollicité : on a vu que l'on interdisait non-seulement la réélection immédiate du président et des juges, mais encore celle des suppléants. Lorsque le projet fut communiqué au tribunat, les observations suivantes furent faites à ce sujet : « On a beaucoup de peine, dans plusieurs villes, à trouver des citoyens qui veuillent remplir les fonctions de juges de commerce ; la difficulté deviendra plus grande encore si l'on interdit les réélections à moins d'un an d'intervalle. Toutefois, cette mesure peut être nécessaire à l'égard des juges, mais elle ne l'est pas de même à l'égard des suppléants ; au contraire, il semble que l'honneur de devenir juge doit être le prix de leur dévouement. On pense qu'il faut rayer de l'article ces mots : *et les suppléants.* » (*Procès-verbaux des sections du tribunat*, n° 2.)

Ce vœu fut entendu, et en effet, comme les suppléants n'étaient pas expressément nommés dans l'ancien art. 623, on tenait pour constant qu'ils pouvaient ou être réélus indéfiniment, ou être promus à la qualité de juges titulaires.

2. Lorsque le législateur moderne a été appelé à reviser la partie du Code de commerce relative à l'organisation des tribunaux consulaires, il a mis de nouveau en présence le système du premier projet et le système qui a prévalu, et il a été frappé de leurs inconvénients respectifs.

Autoriser la réélection indéfinie du président et des juges, c'est, a-t-on pensé, méconnaître les principes fondamentaux de la juridiction commerciale, dénaturer la substance de son institution et constituer dans bien des localités, des juges en titre qui se perpétueront sur le siége. — Proscrire la réélection immédiate, c'est rendre difficile la composition des tribunaux de commerce, c'est éloigner du siége les magistrats au moment où l'expérience ayant développé le germe de leurs talents, ils apportaient à la solution des litiges toute la maturité d'une longue pratique ; c'est priver ces magistrats de la récompense que méritaient leurs travaux assidus.

La loi nouvelle du 3 mars 1840 a évité ce double inconvénient.

En autorisant la réélection immédiate, elle assure tout à la fois et l'utile composition des tribunaux et la bonne administration de la justice. — En ne permettant qu'une seule réélection, elle laisse le champ libre aux légitimes ambitions et maintient le caractère temporaire des fonctions consulaires.

Voici comment, le 22 février 1838, s'exprimait, à cette occasion, M. Bourdeau, rapporteur de la commission nommée par la chambre des pairs :

« Une seconde proposition est soumise à vos méditations. L'art. 623 du Code de commerce fixe à deux ans la durée des fonctions judiciaires du président et des juges, et exige un intervalle d'un an avant leur réélection.

» Il a été observé que les élections fréquentes rendaient les choix très-difficiles dans certaines localités, notamment dans les villes d'une faible population ; que les changements, à des époques trop rapprochées, privaient les justiciables de leurs juges précisément au moment où leur expérience les rendait plus précieux ; que ces changements introduisaient des variations fâcheuses dans les décisions des tribunaux consulaires et des retards dans l'administration de la justice, notamment dans l'instruction des faillites. On a proposé de porter la durée de leurs fonctions à quatre ans et d'autoriser leur réélection sans intervalle.

» Il a été répondu que cette extension pourrait nuire aux élections, au lieu de les faciliter; que des commerçants qui ont souvent des opérations importantes à diriger, et de grands intérêts à surveiller, pourraient être d'autant moins disposés à consacrer une partie de leur temps à des fonctions gratuites, que leur exercice serait fixé à une plus longue durée.

» Votre commission a partagé cette opinion ; cependant, elle a pensé que l'intervalle d'un an, exigé par le Code avant une nouvelle élection, n'avait aucune utilité réelle, qu'il privait le commerce de juges instruits par l'expérience ; que leur rééligibilité immédiate n'était susceptible d'aucun inconvénient, puisqu'ils conservaient la faculté de refuser une nouvelle nomination, comme les électeurs conservaient le droit de ne pas leur accorder leurs suffrages.

» Cependant, pour ne pas perpétuer trop longtemps le pouvoir et l'honneur de cette magistrature dans les mêmes personnes, votre commission vous propose de déclarer que cette rééligibilité, sans un an d'intervalle, n'existera que pour une nomination. »

2. L'ancien article du Code donnait naissance à une difficulté assez sérieuse. Lorsqu'il était nécessaire de remplacer un magistrat consulaire, par suite de décès ou de toute autre cause, quelle était la durée des pouvoirs du nouvel élu? — Les uns, s'appuyant sur le sens de la loi, soutenaient que le juge nouveau n'était que le continuateur de celui auquel il avait succédé, et que les fonctions expiraient au moment où auraient fini celles dont était investi son prédécesseur. — Les autres, s'autorisant du texte qui, sans distinction, fixe à deux ans la durée de la magistrature consulaire, prétendaient que ces deux ans commençaient à courir du jour de l'élection du remplaçant, et non de l'élection du remplacé.

Pour mettre fin à cette dissidence, on proposa cette disposition qui déclare que *tout membre élu en remplacement d'un autre par suite de décès ou de toute autre cause, ne demeurera en exercice que pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur.* — Sur cette proposition on lit aussi dans le rapport que nous venons de citer :

« Les juges de commerce sont institués pour deux ans. A l'expiration de ce temps, la moitié des membres du siége est renouvelée (Art. 622.) Il peut arriver avant ce terme, par suite de décès ou de démission, qu'il y ait lieu de nommer un ou plusieurs juges suppléants. Il est possible encore, à cause d'une irrégularité, ou d'un défaut de qualité particulière, que l'institution n'ait pas été donnée simultanément à tous les juges ou suppléants compris dans le même renouvellement. La loi actuelle laisse, dans ce cas, subsister un doute pour décider si les juges ou suppléants ainsi nommés devront compléter leurs deux ans, ou si les pouvoirs qui leur appartiennent seront censés dater du renouvellement triennal : on argumente diversement en opposant l'un à l'autre l'esprit et le texte de la loi.—Le projet adopte la solution la plus simple et qui doit appeler moins souvent les notables à exercer leurs droits électoraux. Il décide que la date différente dans l'institution importera peu. Tous les membres du tribunal élus pour le même renouvellement seront remplacés ensemble ; et celui qui aura été nommé pour remplir une vacance, à laquelle on ne pourvoit d'ailleurs dans l'intervalle des deux années que si le besoin l'exige, ne sera en exercice que pendant le temps qui resterait à courir au juge ou suppléant remplacé. »

Ces motifs étaient tellement plausibles que cette amélioration fut adoptée d'une voix unanime.

CHAPITRE VIII.

Du caractère des fonctions consulaires.

SOMMAIRE.

1. Triple caractère de la juridiction consulaire. — Discussion au tribunat.
2. Les fonctions consulaires sont-elles une charge publique que les commerçants élus ne puissent refuser? — Solution négative. — Opinion des auteurs.
3. Comment sont remplacés les élus qui refusent.
4. Nécessité et justice d'accorder aux juges consulaires des distinctions honorifiques.

« Les fonctions des juges de commerce sont seulement honorifiques. »
(Art. 628 du C. de comm.)

1. La juridiction consulaire, depuis son établissement jusqu'à nos jours, a été fondée sur ce triple caractère : elle est élective, temporaire, gratuite.

Le projet du Code de commerce portait : *Les fonctions des juges de commerce sont entièrement honorifiques et gratuites.*

Le tribunat fit les observations suivantes : « Les fonctions de juge sont des fonctions honorables, lors même qu'elles sont salariées, et la loi ne saurait attribuer le caractère de l'honneur à celles qui ne sont pas payées plutôt qu'à celles qui le sont.

» On croit donc que ce mot *honorifiques* doit être retranché de l'article ; il suffirait, ce semble, de dire : *Les fonctions de juge de commerce sont gratuites.* »

Quoique la rédaction du projet eût exactement la même portée que celle du tribunat, cependant, pour ne point exciter, même à tort, la susceptibilité des corps judiciaires, cette rédaction fut remplacée par celle de l'article 628, qui, en indiquant que les fonctions des juges de commerce sont *seulement* honorifiques, indique tacitement que celles des juges civils sont *non seulement* honorifiques, mais encore salariées.

2. *Les fonctions consulaires sont elles une charge publique que les commerçants élus ne puissent refuser?*

L'ancienne législation n'admettait pas que les commerçants, régulièrement nommes juges et consuls, pussent refuser d'en exercer les fonctions. C'est en ce sens que le *Nouveau Denizart*, au mot *Consul*, page 400, disait : « Les places de juges et consuls sont charges publiques : les marchands nouvellement retirés ne peuvent se dispenser de les accepter. » — Cela est confirmé par *l'Instruction générale sur la juridiction consulaire*, page 12, et par Rogue, qui pense que « l'on peut forcer à accepter les charges publiques, comme sont consulat, échevinage, etc. » (tome 1er, ch. 1er, n° 2, page 2.)

Cependant Toubeau cite différents exemples de magistrats consulaires qui ont été déchargés, par arrêts du parlement de Paris, de l'obligation de remplir le temps de leur judicature. Il cite même l'exemple d'un consul qui n'avait abdiqué qu'après avoir accepté et prêté serment.

Guibert explique d'une manière toute naturelle la cause de cette contradiction : « On ne considérait pas seulement alors les fonctions de juge et consuls comme un honneur, mais encore comme une obligation onéreuse; et, dans les premiers temps, on ne pensait pas qu'il fût possible de les refuser. Plus tard, ces charges furent l'objet d'une noble ambition; des candidats plus nombreux se présentèrent, et l'on fut amené facilement à reconnaître que l'on pouvait se dispenser de les remplir pour des raisons plus ou moins graves. » (Note 2, page 103.)

Dans ses observations sur le projet du Code de commerce, le tribunal de commerce de Laigle disait : « Il serait bon d'ajouter que tous individus, tous marchands et négociants seront tenus d'accepter et remplir les places de juges auxquelles ils seront élus, ainsi qu'il a été prescrit par l'arrêt du conseil d'État du 18 sepembre 1762, contre plusieurs refusants. » (*Observations des tribunaux*, tome 2, 1re partie, page 495.)

Le tribunal de Bayonne, admettant ce principe, autorisait cependant une dispense pour raison légitime. (Page 115.)

Le législateur ne tint pas compte de ces vœux; et, comme aucune loi ne contraint à l'acceptation, on décide sans hésitation que les juges de commerce peuvent refuser les fonc-

tions à eux conférées, et même se démettre de celles qu'ils auraient acceptées [1].

3. Si le refus d'accepter les fonctions consulaires est déclaré aux électeurs lorsqu'ils sont encore réunis dans la salle où ils procèdent aux nominations, et avant la clôture, ils peuvent se livrer immédiatement à une élection nouvelle. — Si, au contraire, le refus est postérieur à la clôture de la séance, il est déposé au ministre, qui décide s'il y a lieu de procéder au remplacement du refusant, avant l'époque ordinaire des élections.

4. Les négociants élus à la magistrature consulaire font un véritable sacrifice à la chose publique, quand ils exercent avec zèle, avec intelligence, la difficile mission qui leur est confiée. — Abandonnant leurs propres affaires pour se vouer aux affaires d'autrui, ne recevant aucun salaire pour leurs pénibles travaux, ils méritent que les distinctions honorifiques décernées par le pays à ses citoyens viennent offrir à leur patriotique dévouement une légitime récompense. Et, disons-le, alors que le signe de l'honneur est aujourd'hui largement répandu, peut-être ne fait-on pas une part assez grande aux juges de commerce.

Du reste, le législateur a compris l'éminence de la fonction des présidents des tribunaux de commerce : par la loi du 29 décembre 1831, il permet d'appeler à la dignité de pair de France les présidents de ces tribunaux dans les villes de trente mille âmes et au-dessus, après quatre nominations.

CHAPITRE IX.

De l'institution et de l'installation des membres des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Exposé de la législation ancienne et actuelle sur l'institution et l'installation des juges de commerce. — Discussion approfondie de la question de savoir si le gouvernement peut refuser l'institution au commerçant élu magistrat consulaire.
2. Formes de l'installation. — Décrets des 30 mars 1808 et 6 octobre 1809.

« Ils prêtent serment avant d'entrer en fonctions, à l'audience de la cour royale, lorsqu'elle » siége dans l'arrondissement communal où le tribunal de commerce est établi ; dans le cas contraire » la cour royale commet, si les juges de commerce le demandent, le tribunal civil de l'arrondis- » sement pour recevoir leur serment ; et, dans ce cas, le tribunal en dresse le procès-verbal, et » l'envoie à la cour royale, qui en ordonne l'insertion dans ses registres. Ces formalités sont remplies » sur les conclusions du ministère public et sans frais. »

(Art. 529 du *C. de comm.*)

1. A l'époque de leur premier établissement, les juridictions consulaires étaient loin d'avoir l'importance qu'elles ont acquise de nos jours : elles ne statuaient que sur des litiges d'une valeur bien minime, puisqu'une déclaration royale de mai 1620 constatait que *les deux tiers des causes portées devant elles n'excédaient pas la valeur de soixante sols.*

Aussi, comme l'enseigne Jousse, les juges consuls n'étaient point regardés comme des juges royaux : tirant leurs pouvoirs du système électif, ils n'avaient point de provision du roi, ce qui faisait le caractère distinctif des juges royaux et de ceux qui ne l'étaient pas. De là cette conséquence, qu'après avoir prêté leur serment devant la grande chambre du parlement, ils montaient au siége sans institution du souverain et par la seule force du droit que leur conférait l'élection. Leur nomination était consommée par le choix des commerçants, qui s'arrangeaient à leur guise pour se donner des magistrats suivant leurs convenances. (Denizart, v° *Consuls*, tome 1er, page 672.)

En 1790, une légère nuance se manifesta dans l'origine de la mission des juges. Le pouvoir royal préludait à sa chute par un affaiblissement considérable ; les attributions du chef de l'État étaient restreintes, et cependant, comme la

[1] Locré, tome 8, pag. 49 et suiv. ; — Carré, *Lois de la compét.*, quest., 479 ; — E. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 2, n° 7, page 67 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 23 ; — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. 1re, n° 7.

justice se rendait au nom du roi, les magistrats étaient institués par lettres patentes émanées de loi. Mais, d'autre part, tous les pouvoirs publics étaient conférés par le peuple, qui nommait ses magistrats directement, et pour un temps déterminé; ces lettres patentes ne pouvaient être refusées à ceux qui avaient obtenu le suffrage des électeurs. (Art. 3 et 4 de la loi du 24 août 1790; art. 2, chap. 5 de la constitution du 3 septembre 1791.)

Lorsque la réaction s'accomplit, lorsque le chef de l'État reprit au peuple les prérogatives que celui-ci lui avait enlevées, la nomination des juges fit retour à l'autorité souveraine; ainsi la constitution du 22 frimaire an 8 disait, art. 41 : « *Le premier consul nomme tous les juges autres que les juges de paix et les juges de cassation.* » L'acte du 28 floréal an 12, qui constitua l'empire, ajoutait, art. 1er : « *La justice se rend au nom de l'empereur par les officiers qu'il institue.* »

Puis vint le Code de commerce, qui, maintenant la juridiction commerciale, confia la nomination des juges consulaires à l'élection des notables commerçants. (Art. 618.)

Les juges de commerce étant investis du caractère de véritables magistrats, exerçant directement et sans contrôle la puissance publique, rendant des décisions auxquelles main-forte est accordée, il est évident que les dispositions de l'acte du 28 floréal an 12 leur étaient applicables, et que, comme les autres juges, ils devaient être institués. Cependant, pour empêcher toute équivoque, le décret du 6 octobre 1809, qui rajeunissait leur institution, déclara dans son art. 7 : « *Les procès-verbaux d'élection des tribunaux de commerce seront transmis à notre grand juge ministre de la justice, qui nous proposera l'institution des élus, lesquels ne seront admis à prêter serment qu'après avoir été par nous institués.* »

Ici l'institution du souverain, qui n'était pas une affaire de forme, n'était plus forcée comme sous la législation de 1790.

De ces principes, Locré tire la conséquence que l'institution touche au fond même du mandat, et que la désignation faite par le commerce d'une ville ne doit être considérée que comme une simple présentation. (Tome 8, page 48.)

La charte de 1814 a dit à son tour : *Toute justice émane du roi. Elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue.* (Art. 57.)—*L'institution actuelle des juges de commerce est conservée.* (Art. 60.)

Enfin, la charte de 1830, en acceptant ces principes, reproduit textuellement ces termes. (Art. 48 et 51.)

Tel est l'exposé fidèle de la législation. Une difficulté grave en découle. Faut-il, admettant la doctrine de Locré, considérer l'élection des notables commerçants comme une *simple présentation* à l'agrément du roi; ou, au contraire, faut-il décider que l'élection a investi l'élu d'un mandat parfait? Si cette dernière opinion est préférable, faut-il en conclure que le magistrat élu pourra exercer ses fonctions nonobstant le refus de l'institution royale?

Examinons séparément les deux parties de cette question :

1° L'opinion du savant auteur de l'*Esprit du Code de commerce* a subi le reflet naturel du gouvernement sous lequel il vivait, et de la position personnelle que son mérite lui avait attribuée. L'empire, qui a doté le pays de ces corps de lois que le monde admire et nous envie, voulait retenir sous sa main puissante les droits mêmes qu'il avait laissés à la nation : dans le domaine politique comme dans l'ordre judiciaire, dans les affaires civiles comme dans les affaires du commerce, sa volonté de gouverner toujours et partout le poussait à absorber tous les pouvoirs. Haut fonctionnaire, Locré avait accepté, sans s'en douter peut-être, ces traditions et ces maximes du gouvernement impérial.

Comment, en effet, expliquer autrement la doctrine qu'il enseigne? Comment admettre que les commerçants honorés des suffrages de leurs pairs sont de simples candidats auxquels le souverain confère le caractère de juges? N'est-ce pas méconnaître, de la manière la plus formelle, le texte et l'esprit de la loi? N'est-ce pas ajouter une grave disposition aux dispositions qu'elle contient?

Nous lisons dans l'article 618 du Code de commerce : « *Les* MEMBRES *des tribunaux de commerce* SERONT ÉLUS *dans une assemblée de commerçants notables.* » Il résulte de ces termes que, lorsque les commerçants notables ont fait usage de leur droit électoral, le scrutin qui vient d'être dépouillé a produit des *membres des tribunaux de commerce*, et non pas seulement des *candidats* aux fonctions consulaires. Le caractère de magistrats appartient aux élus, par le seul fait de l'élection : et le refus d'institution survenant, ils auraient, malgré ce refus, le droit de se couvrir de leur titre nouveau, et de réclamer les immunités et privilèges qui y sont attachés.

2° Mais faut-il conclure de cette première solution que les commerçants élus membres des tribunaux de commerce pourront en exercer les fonctions nonobstant le refus de l'institution royale?

Pour résoudre cette seconde partie de la question, il est indispensable de rappeler une distinction qui domine l'ensemble de notre législation.

Autre chose est *le droit*, autre chose *l'exercice du droit*. Une personne peut être investie du droit, et cependant ne pas jouir de son exercice. — Ainsi le mineur a droit de propriété sur les choses qui lui appartiennent, et cependant il n'exerce ce droit que dans certaines limites et avec le concours de certaines personnes. — Ainsi, les citoyens possèdent le droit électoral lorsqu'ils payent 200 francs de contributions

directes, et cependant ils ne peuvent exercer ce droit qu'à la condition d'être inscrits sur les listes électorales. — Ainsi, les deux chambres ont le droit de donner des lois au pays, mais la sanction du roi, qui possède une partie de la puissance législative, étant nécessaire, son *veto* met obstacle à l'exercice du droit des chambres. Ainsi, et pour rentrer dans notre espèce, les commerçants élus membres des tribunaux de commerce ont le droit de rendre la justice, mais ils ne peuvent exercer ce droit que revêtus de l'institution du souverain.

Cette nécessité de l'institution est écrite, en effet, dans la loi. — On la trouve dans le décret du 6 octobre 1809, qui est resté en vigueur, et dans l'art. 48 de la charte de 1830.

Cela posé, reste la question de savoir si le roi peut refuser l'institution.

Ici les auteurs distinguent. — D'un accord unanime, ils déclarent que le refus est possible quand les formes de l'élection ont été violées, ou quand l'élu ne réunissait pas les caractères légaux.

Mais, quand le refus est fondé sur l'indignité de l'élu, de Villeneuve, *Dictionn. du cont. comm.*, v° *Trib. de comm.*, n° 15, et Carré, *Lois de la comp.*, quest. 482, soutiennent qu'il excède les prérogatives royales. — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. 1re, n° 6, et Pardessus, n° 1338, enseignent au contraire que, dans ce cas, le refus est un des devoirs de la royauté.

Quant à nous, il nous semble que le refus d'institution est une question de bonne ou de mauvaise administration, de responsabilité ministérielle, et nullement une question constitutionnelle.

En effet, le droit ou, pour mieux dire, la possibilité de refuser l'institution, appartient, dans toutes les hypothèses, au pouvoir royal. Comment contraindre le roi à donner son assentiment à l'élection des notables? L'assignera-t-on, dans la personne de ses ministres, pour le faire condamner à octroyer l'institution qu'il refuse? Devant quel tribunal porterait-on cette action singulière?

Il est évident qu'il n'y a sur ce point aucun moyen d'action : il y a plus, il est évident encore que la charte, en reservant au roi l'institution des juges, a entendu soumettre à son contrôle les nominations qui seraient faites : quoique les tribunaux de commerce soient indépendants, cependant ils ne sont pas isolés du reste de notre organisation sociale, et, comme toutes les autorités, ils sont placés sous la surveillance d'une autorité supérieure. Si, par impossible, les notables faisaient des choix extravagants; si, sans connaître la situation réelle, ils élisaient juge de commerce un homme criblé de dettes, perdu de réputation, un usurier, un commerçant déloyal, faudrait-il subir cette nomination, et permettre à cet homme, élu par une funeste surprise, de déshonorer le siége consulaire? — Non, sans doute, et le refus d'institution est cependant l'unique moyen pour empêcher un pareil désordre.

Est-ce à dire néanmoins que les abus du pouvoir royal ne pourraient être atteints et réprimés?

Tous les pouvoirs, tous les droits, tous les devoirs se lient et s'enchaînent dans le gouvernement représentatif. La personne du roi est inviolable et sacrée; il agit par l'intermédiaire de ses ministres, qui couvrent ses actes, dont ils sont responsables. — Les représentants du pays ont pour mission, non-seulement de faire des lois, mais encore de surveiller, d'approuver ou de blâmer les actes du pouvoir exécutif. — Or, si les commerçants d'une ville adressaient aux chambres leurs plaintes sur le refus d'institution de leurs magistrats, les ministres seraient tenus d'expliquer les motifs qui ont dicté leur conduite. — Si elle était justifiée par l'irrégularité de l'élection, par l'incapacité de l'élu, ou par l'indignité de son caractère, ils auraient, non pas abusé, mais sagement usé de la prérogative royale. — Si, au contraire, la haine, la jalousie, les passions politiques avaient été leurs mobiles, les chambres, faisant respecter nos institutions faussées, trouveraient dans ces faits la matière d'un blâme, qui serait la fin de la vie ministérielle, ou même d'une mise en accusation, qui serait la juste peine des ministres prevaricateurs.

Du reste, on n'a pas encore d'exemple d'un aussi déplorable conflit : les commerçants notables ont fait des choix si éclairés, que la juridiction commerciale a mérité un grand renom d'intelligence et de probité, et le pouvoir exécutif a compris qu'il n'avait point à s'enquérir des opinions politiques du magistrat élu.

2. La forme de la réception et de l'installation des membres des tribunaux de commerce est fort simple : suivant le décret du 6 octobre 1809, que nous avons cité plus haut, les procès-verbaux d'élections des tribunaux de commerce, rédigés par les secrétaires et signés par les présidents des assemblées électorales, sont transmis au ministre de la justice, qui propose au roi l'institution des élus. — Cette institution accordée est envoyée aux magistrats élus et au procureur général de la cour royale dans le ressort de laquelle siége le tribunal. Conformément au décret du 30 mars 1808, art. 26, ces réceptions des juges de première instance et de commerce sont faites à l'audience de la chambre où siége le premier président, ou à l'audience de la chambre des vacations, si ces réceptions ont lieu pendant le temps des vacances.

Suivant l'art. 629 du Code de commerce, précité, l'officier du ministère public requiert la prestation du serment, dont la cour ordonne l'insertion dans ses registres. Les magistrats élus ont le droit de se faire délivrer, sans frais, un extrait des registres constatant la prestation de

leur serment, et cet extrait, valant pour eux provision, constate leur caractère de juges royaux.

Puis, au jour fixé par le président du tribunal de commerce en exercice, les nouveaux juges consulaires sont installés au fauteuil consulaire en audience publique par leurs prédécesseurs, et ordinairement, le président prononce une allocution dans laquelle il rend compte des travaux du tribunal et des améliorations qu'il désire.

CHAPITRE X.

De la surveillance des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

Motifs de l'article 630 du Code de commerce.

« Les tribunaux de commerce sont dans les attributions et sous la surveillance du ministre de » la justice. »

(ART. 630 *du C. de comm.*)

Le ministre de la justice est le chef de la magistrature ; il concentre dans ses mains tous les éléments de l'organisation judiciaire de la France, et ce ne sont pas seulement les tribunaux de commerce, mais encore les tribunaux de première instance, les cours royales, et même la cour de cassation, qui sont dans ses attributions et sous sa surveillance.

CHAPITRE XI.

De la durée des travaux des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Les tribunaux de commerce n'ont pas de vacances.

2. Formes que doivent suivre les juges de commerce afin d'obtenir un congé.

1. Le commerce n'a pas de saisons : chaque mois, chaque jour, chaque heure, lui apporte le tribut de nouvelles opérations à tenter. Aussi la multiplicité des contestations qu'il engendre, et leur caractère urgent, exigent un dévouement absolu. Les magistrats consulaires n'ont ni trêve, ni repos : pour eux, tous les jours ouvrables, même ceux que l'on appelait autrefois *non plaidoyables*, sont destinés à rendre la justice, et ils ne peuvent jouir des vacances qui sont données aux autres tribunaux. La loi du 11 fructidor an 4 disait, art. 6 : « Les tribunaux de com» merce n'ont point de vacances. » — L'arrêté des consuls du 5 fructidor an 8 reproduit cette disposition (art. 3).

2. Les juges de commerce, comme les autres membres des tribunaux, ne peuvent s'absenter sans congé. — Pour l'obtenir, ils doivent suivre les formes tracées par l'art. 17 du décret du 30 mars 1808, les art. 24 à 28 du décret du 6 juillet 1810, et les art. 30 à 33 du décret du 18 août 1810.

TITRE III.

DES FONCTIONNAIRES OU DES PERSONNES DONT LE CONCOURS COMPLÈTE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Dans les six chapitres suivants, nous allons successivement parler des agréés, greffiers, huissiers audienciers, gardes du commerce, arbitres rapporteurs et syndics des faillites, traducteurs et interprètes.

CHAPITRE PREMIER.

Des agréés [1].

SOMMAIRE.

1. Nécessité de s'occuper des agréés, quand on s'occupe des tribunaux de commerce.
2. L'existence des agréés est plus qu'un fait légal, c'est un fait nécessaire.
3. Ancienneté de l'origine des agréés.
4. Examiner l'institution des agréés de Paris, c'est généraliser les observations à ce sujet.
5. Origine des agréés.
6. Leur nombre.
7. Transmission de leurs cabinets.
8 et 9. Légalité de l'institution des agréés. — Discussion au corps législatif. — Opinion des auteurs.
10. Costume des agréés.
11. Serment par eux prêté.
12. En quoi consiste la faveur faite par le tribunal de commerce de Paris à ses agréés.
13 et 14. Leurs émoluments.
15 et 16. Règlements intérieurs et disciplinaires de la compagnie des agréés de Paris.
17. Rang des agréés au barreau.
18. Analyse de la jurisprudence sur les diverses questions concernant les agréés. — Opinion des auteurs

« La procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoué. »
(Art. 414 du *C. de procéd.*)

« Les parties seront tenues de comparaître en personne ou par le ministère d'un fondé de procu-
» ration spéciale. »
(Art. 421 du *C. de procéd.*)

1. On ne peut s'occuper des tribunaux de commerce sans porter son attention sur les auxiliaires établis auprès d'eux pour leur faciliter l'administration de la justice. La juridiction consulaire, qui n'a pas de traitement, n'a pas non plus d'officiers ministériels. C'est un tribunal essentiellement économique.

2. L'existence des agréés auprès de lui est plus qu'un fait légal, c'est un fait nécessaire ; ils sont nés de la plus puissante des lois, la nécessité, et vivront autant qu'elle. C'est la seule compagnie qui soit restée debout à l'époque révolutionnaire, alors que toutes les professions passaient sous le niveau de l'égalité. Son existence, quoiqu'elle ne résulte pas d'un texte, n'est pourtant pas extralégale ; il n'y a pas surprise envers le législateur, qui, en interdisant le ministère des avoués près les tribunaux de commerce, a connu l'institution des agréés, et s'en est expliqué en motivant la loi.

[1] Mon frère, Henri Nouguier, aujourd'hui avocat aux conseils du roi et à la cour de cassation, qui a exercé pendant *treize ans* les fonctions d'agréé près le tribunal de Paris, est l'auteur de ce chapitre. — Comme ses idées sont, sur ce sujet, en parfait rapport avec les miennes, j'ai inséré ou travail sans le modifier.

3. L'origine des défenseurs, représentants de la partie, devant les tribunaux de commerce, est presque aussi ancienne que celle de ces tribunaux mêmes. Elle a suivi leur création, comme le fils suit le père; et l'intervalle d'une génération ne s'était peut-être pas écoulé quand les juges-consuls ont engendré leur barreau, dont les traits sont restés longtemps indécis comme ceux de l'enfance. Les magistrats consulaires ont eu longtemps aussi à défendre leur œuvre, et on peut dire que ce n'est que depuis les nouveaux Codes, qui sont muets cependant à leur égard, que les agréés ont acquis une force d'institution et d'immutabilité que rien ne paraît devoir affaiblir.

4. Parler des agréés de Paris, c'est parler de ceux de province, car les uns servent de modèle aux autres. Sauf même quelques villes principales ou d'un commerce important, beaucoup n'ont aucun établissement déterminé en ce genre; avocats, avoués se présentent concurremment devant les tribunaux de commerce, et presque partout avec un pouvoir signé et enregistré. — Là, comme originairement à Paris, la création d'une compagnie d'agréés résultera du besoin qui s'en fera sentir.

C'est donc surtout, et à peu près exclusivement, que nous nous occuperons des agréés de Paris. Ce que nous en dirons s'appliquera nécessairement aux agréés de province.

§ 1er. — *Origine des agréés.*

5. Dans l'origine de l'institution des juges-consuls, les parties devaient comparaître elles-mêmes, *être ouïes par leur bouche*, disaient les anciennes ordonnances; — le ministère de fondé de pouvoir était interdit; les procureurs et huissiers étaient surtout repoussés dans leurs tentatives, souvent répétées, afin de postuler pour la partie. Ainsi que l'on peut s'en convaincre en consultant le chap. 2, tit. 1er de ce livre, n° 13, l'histoire des juges consuls est remplie d'incidents nés de ces tentatives qui prenaient le masque d'un parent, d'un ami, d'un voisin. Le parlement rendit, le 8 juillet 1613, un édit pour y mettre obstacle.

Mais, d'un autre côté, le langage diffus des plaideurs, entretenant le juge de tout, excepté de l'affaire en litige, l'interminable lecture des défenses écrites préparées par ces conseils exclus de l'audience, l'encombrement de la salle de justice, les soustractions de pièces au greffe, les entraves apportées à l'expédition des jugements, protestèrent, mieux que des discours, contre les édits des parlements, en faveur de la création de défenseurs spéciaux. Les juges-consuls n'avaient d'abord envisagé leur naissante institution que sous la preoccupation des abus qu'elle avait présentés faute d'une organisation régulière. Aussi ils avaient pris l'initiative des mesures de prohibition et les avaient sollicitées du parlement. Mais plus tard, et quand l'expérience fut venue, ils luttèrent au contraire contre les parlements pour soutenir cette même institution, qui, simplifiée, régularisée, avait substitué l'ordre au chaos.

La partie fut donc autorisée à se faire suppléer par un représentant *ad hoc*, et l'incompatibilité prononcée contre les procureurs, huissiers, greffiers et clercs de ces officiers publics, fut maintenue.

Rogue constate l'ancienneté de cet usage, quand il dit : « Il y a dans les juridictions consulaires des personnes agréées par les juges » pour plaider dans le cas que les particuliers » ne veulent ou ne peuvent le faire; ils sont » d'une grande utilité et épargnent beaucoup » de voyages aux parties éloignées, en leur adressant leurs pièces par la poste ou messagerie. » » (Tome 1er, chap. 1er, n° 8, page 5.)

§ 2. — *Nombre des agréés.*

6. Ce sont d'abord de *pauvres marchands*, et au nombre de six seulement, qui trouvèrent grâce auprès de leurs notables, de leurs pairs plus opulents, des juges-consuls, et qui furent autorisés *à servir de conseils pour soulager les justiciables*.

Cet usage définitivement établi, l'incertitude porta sur le nombre de ces conseils. Des sollicitations pressantes, émanées de présidents, d'avocats généraux, assaillirent les juges-consuls, qui résistèrent noblement, et refusèrent d'adjoindre les protégés des membres des cours aux défenseurs déjà existants. On doit dire, à la louange de cette honorable magistrature consulaire, que l'on ne trouve dans ses annales aucun acte de favoritisme, et que toutes les augmentations ou réductions du nombre des agréés, les substitutions d'un défenseur nouveau à un défenseur mort ou démissionnaire, ont été constamment dictées par un remarquable esprit d'équité. L'ouvrage si distingué de M. Guibert-Laperrière, que nous avons eu l'occasion de citer plusieurs fois, renferme à ce sujet des détails intéressants et auxquels on peut se reporter.

Les agréés furent primitivement au nombre de six. En 1659, ils furent neuf; en 1723, dix, quoique le nombre, plusieurs fois déclaré, dût être de huit; en 1755, onze; en 1771, dix. Quand arriva la révolution de 1789, la carrière fut plus largement ouverte. Le comité de législation de la convention demanda raison du monopole attribué aux agréés. Les juges-consuls défendirent l'institution attaquée, et assurèrent habilement son existence en augmentant le nombre de ses membres, qui fut porté à vingt et un.

Enfin, le 10 juin 1813, le tribunal de commerce, reconnaissant que le nombre des agréés était au-dessus de celui que pouvaient compor-

ter les affaires et les besoins du service, le réduisit à quinze, en faisant désintéresser et éteindre les six cabinets les moins occupés au moyen d'une indemnité de 225,000 francs, que les quinze agréés restants prélevèrent proportionnellement sur eux-mêmes, et qui fut équitablement répartie entre les six agréés sortants, désignés par le vote du tribunal.

Ce nombre de quinze est celui qui existe encore aujourd'hui; il ne pourrait être augmenté sans introduire dans le classement des causes à l'audience et dans le travail du greffe le désordre que la réduction opérée avait pour but d'empêcher.

§ 3. — *Transmission des cabinets d'agréés.*

7. Pendant longtemps chaque cabinet d'agréé fut, à sa mort ou à sa retraite, considéré comme en déshérence; mais peu à peu il fut reconnu que ces cabinets et la clientèle qui pouvait s'y rattacher avaient une certaine valeur, acquise par de longues années de travail. Cette valeur était souvent l'unique ou le principal patrimoine d'un fils, d'une veuve, d'un gendre. Des exemples successifs ont dès lors fondé le principe de transmission qui existe aujourd'hui. Ce principe laisse, du reste, au tribunal de commerce, le droit de juger de la capacité, de la moralité et de la solvabilité de tout candidat présenté en remplacement d'un agréé.

Ces conditions ne sont déclarées remplies que sur l'avis de la chambre des agréés, sur le rapport d'une commission choisie au sein du tribunal, et après une épreuve de deux mois, que le candidat subit en plaidant à l'audience publique.

Cette propriété des cabinets d'agréés est devenue un droit sacré le jour où le tribunal de Paris, imposant les membres de son barreau, a prélevé sur eux les 225,000 francs, qui furent, ainsi que nous venons de le dire, distribués aux six agréés éliminés en 1813.

§ 4. — *Légalité de l'institution des agréés.*

8. Nous avons dit, en commençant ce chapitre, que l'institution des agréés n'était pas extralégale, et que le législateur n'avait pas ignoré son existence. La commission dans laquelle figuraient Vignon, dont le nom est en grand honneur au tribunal de Paris, qu'il présida longtemps, et Gorueau, qui a laissé au barreau de ce tribunal de brillants souvenirs, fut chargée de la rédaction du projet de Code de commerce. — Toutes les cours du royaume envoyèrent leurs observations. — Les commissaires rédacteurs furent d'avis de ne pas instituer, près de la juridiction commerciale, des avoués en titre d'office; mais ils s'expliquèrent nettement à l'égard des agréés.

Nous emprunterons, au surplus, à l'ouvrage de Guilbert-Laperrière, les détails qu'il donne à ce sujet, et que lui-même il puise dans Locré.

« Pour rendre aux tribunaux consulaires, dit » la commission, leur ancienne activité, il convient de leur laisser la faculté d'admettre un » certain nombre d'agréés d'une probité connue, » et instruits dans les affaires de commerce, pour » représenter les parties qui ne peuvent comparaître en personne. Ces agréés existent depuis » la création des tribunaux de commerce; ils » sont élevés dans les principes de ces tribunaux, » ils ne peuvent faire aucune procédure; ils » sont révocables à volonté, s'ils s'écartent de » la stricte règle à laquelle ils sont assujettis par » les règlements de police intérieure; enfin, » leur ministère n'est point forcé pour les parties, qui peuvent se défendre elles-mêmes, ou » se faire représenter par un parent ou un ami. »

» C'est dans cet état que la question se présenta devant le conseil d'État; déjà elle y avait été discutée lors de la confection du Code de procédure civile. Les rédacteurs du projet de ce Code avaient exclu les défenseurs officieux des tribunaux de commerce. Plusieurs cours et tribunaux réclamèrent, et le conseil d'État retrancha la disposition, sur l'observation suivante de l'archichancelier Cambacérès : « Il n'y a pas de » raison pour changer ce qui existe. Toujours, » depuis l'ordonnance de 1673 [1], des agréés, » quoique non immatriculés, ont rempli, auprès des tribunaux de commerce, les fonctions » de défenseurs. Pourquoi vouloir, tout à coup, » changer de si longues habitudes, et forcer chacun de plaider lui-même sa cause? Cette innovation pourrait avoir des conséquences » fâcheuses, surtout si l'on donne une juridiction étendue aux tribunaux de commerce. Il » vaudrait mieux garder le silence sur ce point. »

« Néanmoins la section de l'intérieur avait, sur le projet modifié du Code de commerce, présenté un article conçu en ces termes : « Il est » interdit aux tribunaux de commerce d'*agréer*, » pour plaider devant eux, des hommes de loi » ou des praticiens particulièrement désignés. »

« Lorsque la discussion s'établit sur cet article, Jaubert prit la parole en ces termes : « Le Code de procédure civile a sagement décidé que le ministère des avoués ne serait pas » nécessaire dans les tribunaux de commerce; » mais, dans l'état actuel des choses, il existe » des agréés qui plaident pour la partie lorsqu'elle ne peut ou ne veut se défendre elle-même. Si cette institution était détruite, et » que la partie fût obligée de prendre au hasard » son défenseur, elle serait exposée à être trompée, et il n'est pas facile aux particuliers de » distinguer dans une foule de personnes souvent » inconnues, celles qui méritent leur confiance » sous le rapport du talent et de la probité : il » faudrait donc, sans rendre le ministère des » agréés forcé, permettre de dresser un tableau » des gens exercés et éprouvés qu'on offrirait à » la confiance du public. »

(1) Et même longtemps auparavant, comme on l'a vu.

» Begnuin appuya cette propositinn : il voulait, de plus, « qu'il fût laissé un pouvoir » discrétionnaire au tribunal de commerce pour » la formation et pour la police des agréés. »

« Le prince archichancelier dit « qu'on » pourrait se borner à déclarer que le ministère » des avoués n'est pas nécessaire dans les tribu- » naux de commerce, sans confirmer ni détruire » les agréés. Par là, on resterait dans l'état ac- » tuel, chaque tribunal de commerce ennservant » ses usages. C'est la force des choses qui a intro- » duit les agréés dans les tribunaux; nn n'a pu » refuser aux parties qui n'avaient pas l'habitude » de s'expliquer en public la ressource d'em- » ployer le secours d'hommes exercés. Il serait » d'autant plus dangereux de supprimer les » agréés, et de laisser plaider pour les parties » quiconque voudrait se charger de leur dé- » fense, que le tribunal de commerce n'aurait » aucune police sur les défenseurs. »

» Réal proposa de se borner à rappeler l'article 414 du Code de procédure. Cette propositinn fut adoptée, et servit plus tard de base à la rédaction de l'art. 627 du Code de commerce [1]. » (Pag. 85 et suiv.)

9. Ainsi fut résolue, par l'autorité législative elle-même, l'existence des agréés près les tribunaux de commerce [2].

§ 5. — *Costume des agréés.*

10. Il est probable que les agréés ont été longtemps avant de porter un costume distinctif.

Le costume des agréés, à Paris, consiste dans un petit manteau court, à collet de serge noire, avec queue en soie de même couleur et se prolongeant du haut de l'habit jusqu'à l'extrémité des pans, rabat et bonnet carré. Ce dernier accessoire semble tomber en désuétude; et c'est un tort, sans doute, quand un costume a tant coûté à conquérir.

L'importance du costume est d'ailleurs réelle; et, pour ne parler que de la juridictinn consulaire, quand les juges-cnnsuls voulurent imposer aux turbulences des plaideurs avant l'institution des agréés, et faire respecter les huissiers audienciers chargés de maintenir le silence, ils recoururent à l'autorité du costume; et, en leur faisant porter la robe noire, le rabat et le bonnet carré, leur donnèrent un faux air de magistrats.

Les agréés de province nnt moins de spécialité de costume que ceux de Paris; généralement ils portent, comme les avoués, la robe noire de l'avocat, moins le chaperon.

§ 6. — *Serment prêté par les agréés.*

11. Avant d'entrer en fonctions, et en mettant pour la première fois leur costume distinctif, les agréés prêtent serment. Ce serment est reçu par le tribunal de commerce, réuni en assemblée générale et en chambre du conseil. Il n'a aucun caractère public et n'est pas prêté à l'audience. Il consiste à promettre de remplir avec exactitude et probité les fonctions d'agréé près le tribunal de commerce; rien de plus, rien de moins.

Son origine remonte au commencement du XVIII[e] siècle, et, sa cause, aux manquements commis par quelques agréés, à cette époque où tout était encore imparfait dans cette institution comme dans celle des juges-consuls. La révolution de 1789 apporta un temps d'arrêt dans la prestation du serment au moment où la légalité de l'existence des agréés était mise en question par la Convention. Mais le serment est revenu plus tard, avec l'empire, et, depuis lors, est resté toujours en usage.

§ 7.—*En quoi consiste la faveur faite par le tribunal de commerce de Paris à ses agréés.*

12. On serait mal fondé à penser que le tribunal de commerce de Paris, et ceux de province, à son exemple, accordent aux agréés des priviléges que les placent hors du droit commun.

L'agrément du tribunal ne leur confère pas un caractère public : ils ne sont pas des officiers ministériels. De là cette première conséquence qu'ils ne fournissent pas de cautionnement : de là encore cette seconde conséquence, que leur ministère n'est pas obligé, et que les parties sont libres de s'adresser à d'autres mandataires. Autrement ils seraient de véritables avoués, et l'institution qu'on a voulu proscrire en juridiction consulaire se trouverait établie sous une forme indirecte.

Seulement, recommandés aux justiciables par les magistrats devant lesquels ils postulent, ils jouissent d'un véritable privilége de fait, et ce privilége est justifié par les services qu'ils rendent à l'administration de la justice commerciale.

S'il est vrai que longtemps les agréés aient été dispensés de produire un pouvoir spécial pour défendre une partie, et si, jusqu'en 1825, la représentation de l'original et de la copie de l'assignation leur suffisait [3], il n'en est pas de même depuis cette époque, et l'agréé ne peut comparaître, comme tout autre, qu'au moyen

[1] Locré, tome 9, page 122.

[2] *Voir* sur ce point Pardessus, n° 1343. — Locré, *loc. cit.*; — Biocne, v° *Agréé*, tome 1er, page 202. — Horson, *Encyclop. du droit*, v° *Agréé*, n° 3; — Orillard, chap. 30, pag. 217 et suiv.; — Despréaux, n° 36; — Gasse, *Man. des juges de comm.*, page 39; — E. Vincens, liv. 2, chap. 2, n° 14, page 78; — Favard, *Répert.*, v° *Agréés*, n° 1, tome 1er, page 129; — de Villeneuve, *Dict. du content. comm.*, v° *Agréés*, n° 1 à 5, page 31; — Carré, *Loi de la compét.*, tome 7, art. 380, pag. 75 et suiv.

[3] Anciennement l'agréé porteur de l'assignation était considéré comme ayant un pouvoir suffisant : « Il suffit, dit

d'un pouvoir spécial, signé et enregistré. Certes, une concession pouvait lui être faite, car la confiance du tribunal repose en lui sur une moralité et une solvabilité éprouvées; mais le fisc est peu sensible à ces sortes de considérations, et, grâce à ses plaintes, M. de Peyronnet, alors ministre de la justice, rendit, en 1825, une ordonnance sur laquelle le tribunal de commerce, par une exception, la seule peut-être, ne fut même pas consulté, et qui prescrivit l'enregistrement préalable [1]. Cette mesure s'exécute depuis lors strictement à Paris, nonobstant les tentatives qui eurent lieu, par le tribunal de commerce, pour faire rapporter cette ordonnance.

L'unique distinction faite par ce tribunal en faveur de ses agréés, consiste à les dispenser de faire légaliser la signature des parties sur les pouvoirs en vertu desquels ils procèdent. Le tribunal a toujours le droit de s'assurer de l'identité de la personne qui a signé le pouvoir représenté, avec celle qui est appelée en justice ; la légalisation est pour lui le seul moyen de prévenir les fraudes trop nombreuses auxquelles elle a porté remède, et que pratiquaient journellement de faméliques agents d'affaires. L'agréé, au contraire, est pour lui le notaire de la partie. Juge de la régularité du pouvoir, le tribunal n'a de compte à rendre qu'à lui-même de ses moyens d'appréciation. C'est ainsi qu'il a repoussé de sa barre, par divers jugements, des essais tentés pour se soustraire à la nécessité du pouvoir spécial et de la législation, comme aussi pour admettre des huissiers, ou leurs clercs, à la postulation, dont ils ont été exclus par les anciens édits et par le Code de commerce. (Art. 627.)

§ 8. — *Émoluments des agréés.*

13. En 1808, le ministre de la justice, s'occupant d'un tarif pour les tribunaux de commerce, écrivait, à la date du 7 mars, au tribunal de Paris, qui lui avait transmis des renseignements à ce sujet : « Je n'y ai rien trouvé qui concer» nât les défenseurs agréés admis par le tribunal » pour plaider les causes des parties. L'émolu» ment qu'ils perçoivent ne doit pas être arbi» traire. » Le tribunal répondit, le 27 mai 1808 : « Si nous n'avons pas parlé des hono» raires des agréés lorsqu'ils sont employés par » les parties, c'est parce qu'il n'est rien passé en » taxe à ce sujet dans les frais, attendu que dans » notre tribunal les parties ont le droit de » plaider elles-mêmes leurs causes; que nos » agréés ne sont pas des avoués, et qu'ils ne » font aucune écriture, leur ministère se rédui» sant à plaider pour des parties qui ne veulent » pas le faire elles-mêmes; au lieu que pour les » avoués des tribunaux ordinaires, qui font » des écritures, la loi a fixé leurs droits. Or, il » s'ensuit que les parties conviennent de gré à » gré avec nos agréés de leurs honoraires : ce» pendant il est assez d'usage que pour des » causes qui se terminent dans la même au» dience, on leur paye 3 fr. » (Guibert-Laperrière, p. 89.)

A quatre époques différentes, le 10 juin 1813, le 14 mai 1814, le 26 juin 1816, et le 29 juin 1839, le tribunal de commerce de Paris s'est néanmoins occupé de réglementer les émoluments de ses agréés. D'après le dernier état de choses, et sans parler des honoraires auxquels ils peuvent avoir droit pour des soins autres que ceux de présence à l'audience, il leur est alloué 4 francs pour chaque vacation quand ils représentent le demandeur, et 3 francs, aussi par chaque vacation, quand ils représentent le défendeur. Le nombre de vacations est, quant à l'émolument, limité, quel que soit le nombre réel des audiences, à une seule présentation pour les affaires qui ne reçoivent pas une solution entière, et de trois au plus pour celles qui sont l'objet d'un jugement définitif. Un droit de 3 francs pour l'expédition de chaque jugement dont la levée est requise par la partie, et quelques minimes allocations encore, notamment en matière de faillite, complètent ce tarif de stricte économie. Aussi n'est-ce pas sur ces faibles émoluments, du reste en rapport avec les affaires les moins importantes, mais sur les honoraires que ses plaidoiries, ses soins et ses conseils peuvent lui mériter, que l'agréé peut faire reposer la juste rétribution de ses travaux opiniâtres.

14. Nous avons prononcé le mot de *tarif;* nous le rétracterions presque, s'il était possible d'en trouver un autre qui rendît notre pensée. On ne saurait, en effet, qualifier légalement ainsi une fixation tout intérieure, et à laquelle la partie condamnée n'est aucunement tenue. A la différence des jugements rendus par les juridictions ordinaires, et qui liquident les dépens contre le plaideur qui succombe, les tribunaux de commerce ne passent en taxe aucun des émoluments que leur règlement détermine pour les agréés. On a vu par la réponse du tribunal de commerce de Paris au ministre de la justice, en 1808, comment il envisageait à cet égard l'institution de ses agréés. Ce tribunal, en cette matière, comme en toute autre, se renferme strictement dans les plus rigoureuses conditions de l'égalité.

Son règlement toutefois, l'espèce de taxe qui

» logue, que les agréés, pour porter la parole, soient por» teurs des assignations pour être admis à plaider. » Tome Ier, chap. 4, n° 15, page 49.)

[1] *Voir* le texte de cette ordonnance au tit. V de ce livre, chap. 2, *in fine*.

en résulte, et qu'il opère, soit par lui-même, soit par la chambre de ses agréés, sont adoptés généralement par les juges de paix de Paris comme une base équitable qu'ils prennent à l'occasion, quand les agréés portent devant eux des demandes en payement de frais et honoraires, pour lesquelles ils ne peuvent procéder contre leurs clients qu'à fins civiles, et non devant la juridiction commerciale.

§ 9. — *Règlements intérieurs et disciplinaires de la compagnie des agréés de Paris.*

15. Jusqu'ici nous n'avons envisagé les agréés que dans leurs rapports avec le tribunal de commerce, ou envers les justiciables. Il nous reste à donner quelques éclaircissements sur leurs règles intérieures.

16. C'est sous la présidence du vénérable Vignon, et le 21 décembre 1809, que le tribunal de commerce de Paris commença à régler avec soin cette organisation, établit une chambre disciplinaire, détermina sa composition, ses fonctions, le mode de procéder à l'égard des candidats aux cabinets d'agréés, et institua enfin une bourse commune où les agréés verseraient une partie de leurs émoluments, de manière à faire ainsi un fonds, sans cesse renouvelé et sans cesse réparti, qui alimente les cabinets les moins occupés. Le règlement de 1809 est encore dans toute sa force et vigueur, et n'a subi que de légères modifications. Ces modifications ont porté principalement sur la bourse commune, dont les conditions ont été tantôt étendues, tantôt restreintes, mais toujours avec le consentement unanime des agréés. D'après le règlement de 1709, le versement en bourse commune était de 25 centimes par chaque cause placée au rôle. Le 17 juin 1813, il fut porté à la totalité des émoluments dans les affaires d'audience, et au 10e des émoluments alloués pour les faillites. Ce versement de la totalité des émoluments dans la bourse commune ayant paru exorbitant, le 14 mai 1814 il fut réduit à 3 francs par chaque demande portée pour la première fois à l'audience, et maintenu, pour le 10e des honoraires des faillites. Ce dernier versement est tombé en désuétude, mais le premier reçoit sa fidèle exécution.

§ 10. — *Rang des agréés au barreau.*

17. La compagnie actuelle des agréés de Paris a acquis une grande importance, et, il faut le reconnaître, elle est due au mérite réel et à la probité de ceux qui la composent. Depuis longues années aucune situation fâcheuse ne s'est déclarée pour aucun de ses membres ; aucune plainte même, ayant quelque gravité, n'a jamais entaché aucun d'eux. C'est peut-être la seule corporation qui fournisse cet exemple, dû sans doute en partie au petit nombre de ses membres, qui, suffisant à l'administration de la justice, peuvent être l'objet d'une surveillance plus facile. Le scrupule traditionnel avec lequel juges et défenseurs accomplissent leur mission est encore une cause de cet heureux résultat. — Aussi ne serait-ce pas sans détourner la loi de sa véritable portée que l'agréé serait assimilé à un agent d'affaires. Tout ce qui tendrait à lui donner ce caractère a été constamment évité par les agréés de Paris, vrais avocats spéciaux devant une seule juridiction, à laquelle ils ont limité leur ministère. Il ne serait pas plus exact de grandir, au point de vue de la loi, l'agréé, pour en faire un officier ministériel, que de l'amoindrir en le qualifiant d'agent d'affaires.

§ 11. — *Analyse de la jurisprudence.*

18. Il nous reste à rendre compte de quelques décisions judiciaires qui se rattachent à la profession des agréés, par exemple à la nature et à la forme de leurs pouvoirs, à leur tarif officieux, etc.

1° *Un agréé, comme tout autre mandataire, ne représente la partie que lorsqu'il est muni d'un pouvoir spécial. — La remise de la copie de l'assignation et des autres pièces ne suffirait pas pour lui donner qualité* [1].

2° Le principe ci-dessus posé se trouve confirmé implicitement par un arrêt qui juge que *les frais d'enregistrement du pouvoir donné par les parties aux agréés, pour les représenter devant le tribunal de commerce, sont, comme tous autres frais légaux, à la charge de la partie qui succombe* [2].

3° Les tribunaux de commerce doivent strictement veiller à ce qu'un mandataire, agréé ou autre, ne se présente au nom d'une partie sans un pouvoir spécial ; mais ils ne peuvent, dans les causes qui leur sont soumises, prendre des arrêtés généraux, dont l'objet serait de déterminer à l'avance au greffier, aux parties ou à leurs mandataires, la forme qu'ils devront sui-

[1] Rennes, 19 juillet 1820 ; — Nîmes, 24 mars 1830 ; — Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 1296, et quest. 1518 ; — Bioche, vo *Agréé*, no 5, tome 1er, page 202 ; — Thomine, tome 1er, nos 463 et 468 ; — Demiau, page 305 ; — Berriat, *titre de la pr. des trib. de comm.*, no 8 ; — Boucher, *Institution des agréés*, pag. 12 et 61 à 63 ; — de Vill., vo *Agréé*, no 6, page 31 ; — Chauveau (Ad.) *Comm. du tarif*, tome 1er, *Introd.*, page 140, no 7 ; — Pardessus, no 1343 ; — R. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 2, no 14, pag. 78 et 79. — Despréaux, no 39 ; — Orillard, no 238 ; — Boitard, tome 2, page 125.

En sens contraire : Favard, *Répert.*, tom. 5, pag. 713, no 5 ; — Legras, tom. 20, pag. 27.

Nota. — Cette dernière opinion pouvait être admise avant l'ordonnance royale du 10 mars 1825 : mais depuis lors, elle est repoussée par tous les tribunaux de commerce.

[2] Cass., 5 nov. 1835 (S.-V. 36, 1, 103.)

vre : ce serait statuer par voie réglementaire : or l'art. 5 du Code civil défend aux juges de procéder par voie de disposition générale et réglementaire. — Ainsi serait nulle une délibération ainsi conçue : « Nous arrêtons provisoirement, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné par l'autorité supérieure, qu'un mandat donné à un tiers pour représenter le mandant dans toutes affaires commerciales qu'il peut avoir devant le tribunal, est suffisamment spécial [1].

4° *Les tribunaux de commerce n'ont pas le droit de prononcer la suspension ou l'interdiction contre les agréés, qui se chargent habituellement de plaider devant eux : il n'en est pas comme des tribunaux civils contre leurs avoués* [2].

Pour que la doctrine de cet arrêt puisse être admise, il faut faire une distinction.

Les agréés tiennent de la loi, de l'art. 421 du Code de proc., et de l'art. 627 du Code de commerce, le droit de représenter les parties, en se conformant aux dispositions prescrites; ce droit ne peut leur être enlevé, parce qu'il leur appartient, comme à tous les autres citoyens.

Mais d'un autre côté, le tribunal, par mesure d'ordre intérieur, revêt quelques défenseurs du nom d'*agréés*, il leur accorde certains priviléges, notamment la dispense de légalisation du pouvoir ; il est évident qu'il a le droit de retirer le titre et la faveur qu'il a accordés. — Il pourrait supprimer en masse les agréés postulants devant lui ; comment ne pourrait-il pas supprimer l'un d'eux en particulier? Si l'arrêt de la cour de Pau a voulu enseigner cela, il a professé une véritable hérésie [3].

C'est sans doute à la première hypothèse que Carré fait allusion, lorsqu'il décide en termes généraux que les tribunaux de commerce n'ont pas le droit de suppression ou de suspension contre les agréés. (*Lois de la comp.*, tome 7, quest. 483, page 78.

Au surplus, le tribunal civil de Versailles vient de rendre, le 23 février 1844, sur cette question, un jugement qui décide des difficultés neuves et intéressantes. Il a jugé que :

1. Les agréés ne tenant leur titre que de la libre volonté des tribunaux de commerce, ceux-ci ont un pouvoir discrétionnaire pour prononcer contre eux la déchéance ou la destitution.

2. La destitution d'un agréé anéantit de plein droit la cession qu'il avait consentie antérieurement de son cabinet : il ne lui reste plus rien qui puisse être l'objet d'une transmission.

3. Les tribunaux de commerce peuvent imposer au successeur d'un agréé destitué le payement d'une somme dans l'intérêt de certains créanciers déterminés; les autres créanciers sont sans droits pour contester cette attribution. (*Le Droit*, n° du 27 février 1844).

5° De ce que l'existence des défenseurs *officiels* n'est pas admise devant les tribunaux de commerce, il en résulte que ces tribunaux ne peuvent passer en taxe, à celui qui a représenté une partie, une série de droits qui supposent une postulation régulière [4].

6° *Les agréés peuvent-ils porter devant le tribunal de commerce les demandes formées contre leurs clients en payement de leurs frais et honoraires?*

Cette question ne peut être résolue qu'à l'aide d'une distinction.

Si le client pour lequel l'agréé a occupé est un commerçant, intentant ou subissant un procès à l'occasion de son commerce, le tribunal de commerce sera compétent.—En effet, *d'une part* suivant l'art. 631 du Cod. de comm., ce tribunal connaît des contestations relatives aux engagements entre négociants, marchands et banquiers. il est encore le juge, entre toutes personnes, des actes de commerce. — *D'autre part*, suivant l'art. 638, qui a été sainement interprété par la jurisprudence, toutes les obligations du commerçant sont, jusqu'à preuve contraire, réputées faites pour son commerce. — Or le mandat donné à un agréé, à l'occasion d'une instance dans laquelle le commerçant fait valoir les droits de son commerce, est un mandat qui non-seulement n'est point étranger au commerce, mais qui est au contraire en rapport intime avec lui. — Dès lors la compétence consulaire est justifiée, non par le caractère du demandeur (qu'il soit agréé ou simple mandataire, peu importe), mais par la nature de la demande, qui rentre dans l'application des art. 631, 632, 638 du Code de comm.

Si, au contraire, le client de l'agréé, par sa profession étranger au négoce, ne lui a confié qu'un mandat civil, les juges de commerce seraient mal à propos saisis d'une demande en payement de frais et honoraires. — *En premier lieu*, il n'existe point de contestation commerciale de la nature de celles que les articles précités attribuent à ces juges : or, comme leur juridiction est exceptionnelle, ils ne peuvent élargir le cercle tracé à leur compétence. — *En second lieu*, les agréés n'étant pas des officiers ministériels, ne peuvent se prévaloir de l'art. 60 du Code de procédure, ainsi conçu : « Les demandes formées pour frais, *par les officiers* » *ministériels*, seront portées au tribunal où les » frais auront été faits. »

Cette distinction n'a pas été complétement

[1] Cass., 19 juillet 1825 (S.-V. 25. 1, 393.
[2] Paris, 1er sept. 1818 (S.-V. 19, 2, 193;—D, (Alph.), 11, 54.)

[3] Bioche, v° *Agréé*, n° 17, tome 1er, page 204; — Favard, *Répertoire*, v° *Agréé*, n° 4.
[4] Cass., 17 janvier 1842 (S.-V. 42, 1, 11.

saisie par Bioche ; il enseigne, en termes généraux, et sans se préoccuper de la première hypothèse que nous avons posée, l'incompétence des tribunaux de commerce. Pour étayer sa doctrine, il invoque un arrêt de la cour de cassation, dont nous allons analyser le texte, et qui, loin de contredire notre solution, la confirme, puisqu'il n'est relatif qu'à la deuxième hypothèse. (V° *Agréé*, n° 14.)—Favard, *Répert.*, v° *Agréé*, et Despréaux, n° 530, font la même confusion que Bioche.

Voici l'espèce de l'arrêt auquel il est fait allusion.

Panthou, agréé à Rouen, est chargé de causes commerciales par Delestre, huissier. — N'ayant point été en rapport avec les clients, il soutient que celui qui lui a remis les dossiers et pouvoirs est responsable de ses frais.—Il l'assigne devant le tribunal de commerce, dont il motive la compétence, en soutenant : 1° que Delestre est non-seulement huissier, mais encore agent d'affaires ; qu'à ce titre il est commerçant et justiciable ; 2° que dans tous les cas, et indépendamment de la nature de l'action, il doit profiter du bénéfice de l'art. 60 du Code de proc. ci-dessus rapporté.

Les héritiers de Delestre, décédé, prétendent : 1° en fait, que jamais leur auteur n'a été agent d'affaires, et que par conséquent il n'a donné à Panthou qu'un mandat civil ; 2° en droit, que l'article 60 n'est nullement applicable, puisqu'il ne concerne que les *officiers ministériels*, dont l'agréé ne peut réclamer le caractère.

Sur ces débats, le 17 juillet 1812, arrêt de la cour de Rouen qui, considérant Panthou comme un *officier ministériel*, suit la règle posée en l'article 60 du Code de procédure.

Le 5 septembre 1814, arrêt de la cour de cassation, qui casse cette décision. — La cour régulatrice commence par déclarer que les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, ne pouvant connaître que des objets à eux spécialement attribués : elle ajoute sur ce point, que l'action des agréés en payement de leurs frais n'est point comprise dans les attributions accordées aux tribunaux de commerce, et que par suite, les art. 631 à 633 ne pouvant d'ailleurs être invoqués, la juridiction commerciale ne pouvait être saisie

Sur le second point, qui du reste avait servi de base à l'arrêt attaqué, la cour de cassation examine avec soin le caractère véritable de l'agréé, et lui refuse, avec le caractère d'officier ministériel, les privilèges y attachés.(S., vol. 14, 1. 166.)

Telle est l'économie de cet arrêt : il est permis de croire que la solution eût été toute contraire si, au lieu d'un simple particulier, l'agréé avait eu pour adversaire un commerçant, ayant fait un procès par suite de son commerce. — Cela est d'autant plus vrai, que cette doctrine a été postérieurement accueillie par la cour de cassation, dans une difficulté qui, sans être identique, était analogue et reposait sur les mêmes principes.

Voici la question posée par l'arrêtiste :

L'agent d'affaires qui commande en cette qualité à un huissier des actes de son ministère, fait acte de commerce. En conséquence, il peut être assigné en payement du coût de ces actes devant le tribunal de commerce et condamné au payement par ce tribunal.

On lit dans l'arrêt que nous invoquons :

« Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré que Saint-Martin tenait à Elbeuf une agence ou bureau d'affaires ;

» Que c'était en sa qualité d'agent d'affaires, et, comme tel, justiciable de la juridiction commerciale, qu'il avait commandé à l'huissier Christophe divers actes du ministère de cet huissier ;

» . . . . ;

» Que la cour royale a décidé que le tribunal saisi avait pu statuer sans excéder les bornes de sa compétence ; et, qu'en jugeant ainsi, dans de semblables circonstances, cette cour n'a point violé l'art. 60 du Code de procédure civile, ni aucune autre loi ; — Rejette, etc. [1]. »

C'est nécessairement par application de cette distinction, parce qu'il s'agissait d'un mandat commercial donné à un agréé, que l'on a reconnu que ce mandataire pouvait assigner une faillite devant le tribunal de commerce en restitution des frais et débours faits pour elle [2].

7° Précisément parce que les agréés ne sont pas des officiers ministériels, leur action en payement de frais n'est point, comme celle des avoués, prescrite par deux ans, (art. 227 du Code civ.) Elle dure trente ans [3].

8° La qualité du demandeur est sans influence sur la détermination de la juridiction compétente. C'est la qualité du défendeur, et la nature du litige qui doivent être consultés. — De là suit que le commerçant qui a donné à un agréé pouvoir de le défendre ne peut poursuivre et actionner ce mandataire en reddition de compte de mandat devant le tribunal de commerce. — L'agréé, en effet, exerce une profession libérale ; il n'est point agent d'affaires, il n'est point commerçant, il ne reçoit pas une mission commerciale. — Cependant il en serait autrement, et la juridiction commerciale serait bien saisie si le fondé de pouvoir était commerçant lui-même ; si, au lieu d'être un agréé propre-

[1] 31 janvier 1837 ; S.-V. 37, 1, 320 ; — Orillard, chap. 30, pag. 217 et suiv.

Sur cette question, c'est mon opinion que j'expose, et non celle de mon frère, qui est d'un avis opposé.

[2] Paris, 14 juin 1833 (S.-V. 33, 2, 336.

[3] Vazeille, *Prescriptions*, n° 685 ; — Carré, *Lois de la compét.*, tome Ier, page 340.

ment dit, il était un véritable agent d'affaires.

9° *L'agréé peut-il être désavoué par la partie?*

Devant quel tribunal l'action en désaveu doit-elle être portée?

Sur la première question, l'affirmative est décidée par de nombreuses autorités [1].

Voici comment Carré justifie cette opinion :

« Le mandataire qui plaide devant un tribunal de commerce n'est point, en cette partie, un simple procurateur *ad negotia*, mais un véritable procurateur *ad lites*.

» Si, dans les tribunaux de commerce, il n'y a pas d'avoués à titre, si l'on n'y connait plus ce qu'on appelait autrefois des agréés ou postulants, qui tenaient de l'approbation des juges une sorte de caractère légal, en est-il moins vrai que le ministère qu'exercent les mandataires, chargés en ces tribunaux de la défense des parties, est véritablement de la même nature que celui d'un avoué? C'est le soin et la conduite d'un procès, c'est une poursuite, une défense judiciaire qui leur sont conférés; la partie est donc liée par les agissements d'un mandataire devant un tribunal de commerce, comme par ceux d'un avoué devant les tribunaux ordinaires; la procédure subsiste donc jusqu'au désaveu, elle est donc régulière et censée faite de l'aveu de la partie. — C'est ici le cas de la maxime : *Factum procuratoris, factum partis.* »

Ces raisons de Carré, qui sont puissantes en elles-mêmes, auraient encore plus de force si, connaissant l'usage de la plupart des tribunaux de commerce, il eût constaté l'existence actuelle de l'institution des agréés [2].

La discussion du Code de procédure en conseil d'État fournit à ce dernier système une sérieuse objection :

« Si le mot *désaveu*, pris *généralement*, peut s'appliquer à toute espèce de mandataire qui a excédé ses pouvoirs, cependant telle n'est pas l'acception dans laquelle ce terme est employé au titre 18 du Code de procédure civile, *où il n'a trait qu'aux officiers ministériels* qui ont nui à leur partie en excédant leurs pouvoirs. » (Locré, *Esprit du C. de pr.*, tome 2, page 16.)

Quant à la seconde question, les autorités que nous venons de citer, et qui admettent l'action en désaveu, sont à peu près unanimes pour reconnaître la compétence exclusive des tribunaux civils.

10° *Les jugements rendus contre une partie qui, après avoir comparu par un agréé, fait ensuite défaut, doivent-ils être frappés d'opposition dans la huitaine ou jusqu'à l'opposition?*

En d'autres termes, en juridiction commerciale, distingue-t-on les défauts faute de comparaître, et les défauts faute de plaider?

Cette question est grave, mais l'occasion de la traiter se présentera lorsque nous parlerons de la procédure suivie devant les tribunaux de commerce. Quant à présent, nous disons seulement que, dans notre conviction, les défauts faute de plaider existent devant ces tribunaux, et qu'ils ne sont susceptibles d'opposition que dans la huitaine de la signification. (*Voir* à ce sujet, 3e partie, chap. 3, n° 17.)

11° *Les agréés ne sont pas sujets à la patente d'agents d'affaires* [3].

CHAPITRE II.

Des greffiers.

SOMMAIRE.

1. L'ancienne législation laissait la nomination des greffiers au choix des juges-consuls. — Nécessité de revenir à cet usage.
2. Loi du 27 ventôse an 8. — Arrêté du 23 prairial an 8.
3. Loi du 21 ventôse an 7.
4. Arrêté du 8 messidor an 8.
5. Arrêté du 9 frimaire an 9.
6. Loi du 16 ventôse an 11.
7. Decret du 30 mars 1808, art. 90 à 93.

---

(1) Rennes, 19 juill. 1808 et 9 mai 1810. — Rouen, 1er mars 1811 (S.-V. 11, 2, 233); — Dalloz, tome 9, page 128; — Toulouse, 27 avril 1820, — Paris, 7 févr. 1824 (S.-V. 25, 2, 196); — Dalloz, tome 9, page 116; — Nîmes, 22 juin 1824 (S.-V., vol. 25, 2, 176); — Dalloz, t. 9, page 126; — Toul., 24 avril 1841 (S.-V. 41, 2, 415.) — Favard, tome 2, page 72, n° 2; — Thomines, tome 1er, page 538; — Dalloz, tome 9, nos 4 et 5, page 123 et suiv.; — Carré, *Lois de la pr.*, quest., 1296; — Coffinières, *Jurispr.*, tome 3, page 238; — Chauveau, *sur* Carré, *loco citato*.

(2) *Voir* en sens contraire : Brux., 7 déc. 1812; — Metz, 23 août 1822 (S.-V. 25, 2, 73); — Lyon, 9 janvier 1832 (S.-V. 33, 2, 351), — Boitard tome 2, page 123; — E. Cadrès, tit. 16, page 244, — Pigeau, *Comm.*, tome 1er, page 709.

(3) *Voir* l'ordonnance du roi du 1er septembre 1841; Sirey, 42, 2, 192.

8. Décret du 18 août 1810, art. 24 à 27.
9. Décret du 30 janvier 1811.
10. Loi du 28 avril 1816, art. 88 et 91.
11. Les cours royales sont incompétentes pour recevoir le serment des greffiers des tribunaux de commerce : c'est devant ces tribunaux que le serment est prêté. — Arrêt de la cour de cassation du 22 mars 1843.

« Il y aura près de chaque tribunal un greffier nommé par le roi. Ses droits, vacations et devoirs » seront fixés par un règlement d'administration publique. »

(Art. 624, *C. de comm.*)

1. L'édit de 1563, au lieu de laisser au roi la nomination des greffiers de juridictions consulaires, abandonnait cette nomination aux juges-consuls. Voici comment était conçu l'art. 18 : « Permettons auxdits juges-consuls de choisir et nommer, pour leur scribe et greffier, telle personne d'expérience, marchand ou autre, qu'ils aviseront; lequel fera toute expédition en bon papier, sans user de parchemin; et lui défendons très-étroitement de prendre pour ses salaires et vacations autre chose qu'un sol tournois pour feuillet, à peine de punition corporelle, et d'en répondre par lesdits juge et consuls, en leur propre et privé nom, en cas de dissimulation et connivence. »

Ayant le droit de choisir leurs greffiers, les juges-consuls avaient nécessairement celui de les suspendre et de les révoquer.

C'était une sage disposition que celle qui attribuait ces prérogatives aux magistrats consulaires. — En effet, les juges de commerce ne sont pas initiés aux formes de la procédure, et la majeure partie d'entre eux ignorent les formalités essentielles que les tribunaux doivent suivre dans la rédaction des jugements. D'un autre côté, comme le ministère des avoués est interdit devant les tribunaux de commerce, les parties ne sont point appelées à faire les qualités du jugement : ce soin est laissé au greffier. — Quelquefois même, lorsqu'il surgit des incidents de procédure que la pratique des affaires commerciales est impuissante à résoudre, les magistrats trouvent, dans l'expérience de leurs greffiers, de précieux renseignements.

C'est donc une charge de confiance que celle de greffier : n'est-il pas naturel de confier le choix de celui qui doit la remplir à celui devant qui elle doit être remplie, et dont la confiance est sollicitée?

Quoi qu'il en soit, telle est la législation moderne dont je dois compléter l'exposé.

2. D'après la loi du 27 ventôse an 8 les greffiers fonctionnaires, faisant partie des tribunaux auxquels ils sont attachés, étaient nommés par le premier consul, qui pouvait les révoquer à volonté. (Art. 92). — Suivant l'art. 4 de cette loi, nul ne pouvait être greffier s'il n'avait trente ans accomplis. — Suivant le tableau y annexé, les greffiers devaient déposer un cautionnement, qui était de 1,000 fr. dans les départements, et de 4,000 fr. à Paris.

Au sujet de ces dispositions, deux questions s'élevèrent.

On demanda d'abord si les greffiers qui existaient avant la loi de ventôse an 8, pouvaient être maintenus dans leurs fonctions, quoiqu'ils fussent âgés de moins de trente ans : en d'autres termes, il s'agissait de savoir si cette loi pouvait rétroagir sur les positions acquises.

Un arrêté du 28 prairial an 8 décida que la loi n'avait point d'effet rétroactif; que ses dispositions relatives à l'âge des greffiers n'étaient point fondamentales et ne touchaient pas aux droits constitutionnels des citoyens; qu'en conséquence, le gouvernement pouvait maintenir les greffiers nommés antérieurement à la loi et n'ayant point encore trente ans accomplis.

En second lieu, comme le gouvernement s'était réservé de révoquer les greffiers, on hésitait à accorder aux tribunaux la faculté de les destituer, dans les cas où les contraventions commises devant eux, et dont ils sont les juges, entraînent cette peine. Cependant un arrêt de la cour de cass., du 16 mai 1806 (S.-V., 6, 2, 920), reconnut que, dans cette hypothèse, la peine de la destitution était indépendante du droit de révocation attribué à l'autorité administrative.

3. La loi du 21 ventôse an 8 a établi, au profit du fisc, des droits de greffe dans tous les tribunaux de commerce : elle a aussi déterminé le traitement de leurs greffiers et les droits qui leur sont alloués. Ces droits, établis au profit du fisc, consistent : 1° dans celui perçu lors de la mise au rôle de chaque cause; il est de 1 fr. 50 c. dans les tribunaux de commerce (articles 2 et 3); — 2° dans celui établi sur la minute pour la rédaction et la transcription des actes suivants : les actes de voyage, de renonciation à une communauté de biens ou à succession, de dépôt de bilan et pièces, l'enregistrement des actes de société, la réception et la soumission de caution, et les interrogatoires sur faits et articles. Pour chacun de ces actes, le droit est de 1 fr. 25 c. : il est le même pour les enquêtes, et, de plus, elles sont assujetties à un droit de 50 c. par chaque déposition de témoin (art. 2 et 5); — 3° dans le droit d'expédition des jugements, qui est de 1 fr. le rôle pour les tribunaux de commerce (art. 2 et 9).

Le greffier ne peut délivrer aucune expédition que les droits n'aient été acquittés, sous peine de restitution du droit de 100 francs d'amende, sauf, en cas de fraude et de malversations évidentes, à être poursuivi devant les tribunaux, conformément aux lois. (Art. 11.)

Les greffiers des tribunaux de commerce doivent tenir un registre coté et parafé par le président, sur lequel ils inscrivent, jour par jour, les actes sujets au droit de greffe, les expéditions qu'ils délivrent, la nature de chaque expédition, le nombre des rôles, le nom des parties, avec mention de celle à laquelle l'expédition sera délivrée. (Art. 13.)

Les greffiers ne peuvent exiger aucun droit de recherche des actes et jugements faits ou rendus dans l'année, ni de ceux dont ils font les expéditions ; mais lorsqu'il n'y aura pas d'expédition il leur est attribué un droit de recherche qui demeure fixé à 50 centimes pour l'année qui leur est indiquée, et dans le cas où il leur est indiqué plusieurs années, et qu'ils sont obligés d'en faire la recherche, ils ne perçoivent que 50 centimes pour la première, et 25 centimes pour chacune des autres. Il leur est en outre attribué 25 centimes pour chaque légalisation d'acte des officiers publics. (Art. 14.)

Le traitement des greffiers des tribunaux de première instance est égal à celui des juges auprès desquels ils sont établis. — Celui des greffiers des tribunaux de commerce sera de la moitié de celui du greffier d'un tribunal civil, s'il avait été établi dans la commune où siége le tribunal de commerce. — Et néanmoins le traitement de ceux des tribunaux de commerce établis dans des communes de six mille habitants et au-dessous, demeure fixé à 800 francs. (Art. 17 et 18.) [1].

Il est accordé aux greffiers une remise de 30 centimes par chaque rôle d'expédition, et d'un centime pour franc, sur le produit du droit de mise en rôle, et de celui établi pour la rédaction et la transcription des actes énoncés en l'article 5. (Art. 19.)

Il est défendu aux greffiers et à leurs commis d'exiger ni recevoir d'autres droits de greffe, ni aucun droit de prompte expédition, à peine de 100 francs d'amende et de destitution. (Art. 23).

4. Un arrêté du 8 messidor an 8, confirmant la loi précédente, a indiqué, dans un tableau provisoire, le traitement des greffiers, commis greffiers et commis expéditionnaires.

5. L'arrêté du 9 frimaire an 9 prescrit le versement des cautionnements exigés par la loi du 27 ventôse an 8.

6. L'article 1er de la loi du 16 ventôse an 11 modifie l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an 8, et déclare qu'il suffit d'être âgé de vingt-cinq ans (au lieu de trente), pour pouvoir être greffier.

7. Le décret du 30 mars 1808 contient les dispositions suivantes [2]:

Les greffes des tribunaux de commerce seront ouverts tous les jours, excepté les dimanches et fêtes, aux heures réglées par le tribunal, de manière néanmoins qu'ils soient ouverts au moins huit heures par jour. (Art. 90.)

Le greffier, ou l'un de ses commis assermentés, tiendra la plume aux audiences depuis leur ouverture jusqu'à ce qu'elles soient fermées. — Le greffier en chef assistera aux audiences solennelles et aux assemblées générales. (Art. 91.)

Le greffier est chargé de tenir dans le meilleur ordre les rôles et les différents registres, qui sont prescrits par le Code de procédure et celui des délibérations du tribunal. — Art. 92.

Il conservera avec soin les collections des lois et autres ouvrages à l'usage du tribunal. Il veillera à la garde des papiers qui lui sont confiés, et de tous les papiers du greffe. (Art. 93.)

8. Le décret du 18 août 1810 dispose également :

Les greffiers seront tenus de présenter au tribunal, et de faire admettre au serment le nombre de commis greffiers nécessaire pour le service. (Art. 24).

Le greffier pourra se faire suppléer par les commis greffiers assermentés. (Art. 25.)

Le président du tribunal pourra, s'il y a lieu avertir ou réprimander les commis assermentés. — Après une seconde réprimande, le tribunal pourra, après avoir entendu le commis greffier inculpé, ou lui dûment appelé, ordonner qu'il cessera ses fonctions sur-le-champ; et le greffier sera tenu de le faire remplacer dans le délai qui aura été fixé par le tribunal. (Art. 26.)

Le greffier est solidairement responsable des amendes, restitutions, dépens et dommages-intérêts résultant des contraventions, délits ou crimes, dont ses commis se seraient rendus coupables dans l'exercice de leurs fonctions, sauf son recours contre eux ainsi que de droit. (Art. 27.)

9. Suivant l'art. 16 du décret du 30 janvier 1811, il doit y avoir un nombre de commis greffiers assermentés égal à celui des chambres.

10. La loi française du 28 avril 1816 modifie, par son art. 88, la loi du 27 ventôse an 8, et fixe le taux des cautionnements à fournir par les greffiers des tribunaux de commerce en raison de la population et du ressort des tribunaux de la résidence de ces fonctionnaires. — Le tarif annexé à la loi fixe, pour tous les départements, le cautionnement des greffiers des tribunaux de commerce à 3,000 francs, et pour Paris à 8,000 francs.

L'art. 91 de cette même loi de 1816 consacre en France le droit de propriété des greffiers sur leurs charges, et leur reconnaît le droit de présenter leurs successeurs à l'agrément du roi.

11. Les cours royales sont incompétentes pour recevoir le serment des greffiers des tribunaux de commerce : c'est devant ces tribunaux que le serment doit être prêté [3].

[1] La loi du 4 août 1832 n'a apporté aucun changement au traitement des greffiers des tribunaux de commerce.

[2] *Voir* pour la Belgique l'arrêté du 31 déc. 1835.
[3] Cass., 29 mars 1843 (S.-V. 43, 1, 333.)

CHAPITRE III.

Des huissiers audienciers.

SOMMAIRE.

1. Indication de la législation.
2. Décret du 30 mars 1808, art. 94 à 99.
3. Dispense, pour les huissiers, des droits de péage des ponts. — Quand elle a lieu. — Avis du conseil d'État du 5 ventôse an 13.
4. Décret du 6 octobre 1809, art. 5 et 6.
5. Avis du conseil d'État du 6 juillet 1810.
6. Décret du 14 juin 1813.
7. Où les tribunaux de commerce peuvent choisir leurs huissiers-audienciers.
8. Utilité des huissiers audienciers.

« Il y aura près de chaque tribunal des huissiers nommés par le roi. Leurs droits, vacations et devoirs, seront fixés par un règlement d'administration publique. »

(Art. 624, C. de comm.)

1. Il ne peut entrer dans mon plan d'examiner ici la législation qui régit la nomination, les attributions et les devoirs des huissiers ordinaires. — Sur ce point, on peut consulter la loi du 27 ventôse an 8 ; — l'arrêté du 22 thermidor an 8 ; — la loi du 28 floréal an 10 ; — le décret du 30 mars 1808, — celui du 6 juillet 1810, art. 116 et suiv. ; — l'avis du conseil d'État du 6 juillet 1810 ; — le décret du 14 juin 1813 ; — l'ordonnance royale du 23 décembre 1814 ; — la loi du 28 avril 1816 ; — l'ordonnance du 20 août 1817 ; et l'ordonnance du 26 juin 1822 [1].

Je me bornerai à rappeler ici les règles particulières aux huissiers audienciers.

2. Le décret du 30 mars 1808 dit :

Les tribunaux de première instance désigneront pour le service intérieur ceux de leurs huissiers qu'ils jugeront les plus dignes de leur confiance. — Art. 94.

Les huissiers audienciers feront tour à tour le service intérieur, tant aux audiences qu'aux assemblées générales ou particulières, aux enquêtes et autres commissions. (Art. 95.)

Les huissiers, qui seront de service, se rendront au lieu des séances une heure avant l'ouverture de l'audience ; ils prendront au greffe l'extrait des causes qu'ils doivent appeler. — Ils veilleront à ce que personne ne s'introduise à la chambre du conseil sans s'être fait annoncer, à l'exception des membres du tribunal. — Ils maintiendront, sous les ordres des présidents, la police des audiences. (Art. 96.)

Les émoluments des appels des causes se partageront également entre eux. (Art. 98.)

Les huissiers désignés par le président du tribunal assisteront aux cérémonies publiques, et marcheront en avant des membres de la cour ou du tribunal. (Art. 99.)

3. Au sujet de cette dernière disposition, l'avis du conseil d'État du 5 ventôse an 12 (S.-V., 5, 2, 324) a décidé que les huissiers ne sont dispensés du droit de péage des ponts que lorsqu'ils marchent pour le service, accompagnant les membres du tribunal auquel ils sont attachés, ou quelque prévenu ou condamné.

4. Le décret du 6 octobre 1809 contient les dispositions suivantes :

Le tribunal de commerce de Paris aura quatre huissiers. (Art. 5.)

Les autres tribunaux de commerce n'auront que deux huissiers. — Les huissiers seront, autant que faire se pourra, choisis parmi ceux déjà nommés par nous. (Art. 6.)

5. Un avis du conseil d'État du 6 juillet 1810 établit que les répertoires que doivent, aux termes des lois et règlements, et sous les peines y portées, tenir les huissiers établis près les tribunaux, doivent être cotés et parafés par les présidents desdits tribunaux ou par les juges par eux commis. — L'art. 53 de la loi du 22 frimaire an 7, est donc applicable aux huissiers audienciers comme aux huissiers ordinaires. — (Duvergier, tome 17, page 124, 2e col.).

6. Les art. 2 et 3 du décret du 14 juin 1813, qui porte un règlement complet sur l'organisation et le service des huissiers, reproduisent les prescriptions du décret de mars 1808, et confirment le droit qu'ont les tribunaux de com-

[1] Et pour la Belgique, l'arrêté du 4 oct. 1832.

merce de désigner des huissiers audienciers.

L'art. 3 renvoie aux art. 93, 94, 95, 96 et 103 pour la fixation de l'indemnité qui leur est allouée.

L'art. 4 de ce décret ajoute : Le tableau des huissiers audienciers sera renouvelé au mois de novembre de chaque année. — Tous les membres en exercice seront rééligibles : ceux qui n'auront pas été réélus rentreront dans la classe des huissiers ordinaires.

7. Un tribunal ne peut choisir ses huissiers audienciers que parmi les huissiers résidant dans le lieu où il siége ; son choix ne peut porter sur un huissier résidant dans un autre lieu [1].

8. L'institution des huissiers audienciers est utile sous plusieurs rapports. — Non-seulement elle assure la régularité de l'administration de la justice, en mettant de l'ordre dans le placement et l'appel des causes ; non-seulement elle conserve aux magistrats toute leur liberté d'esprit en maintenant la police des audiences ; mais encore elle place sous la main des tribunaux des officiers ministériels ayant toute leur confiance et sur l'activité desquels ils ont le droit de compter. — Aussi, quand il est nécessaire de commettre un huissier, par exemple pour signifier un jugement à la partie défaillante, les juges chargent de ce soin leurs huissiers audienciers.

CHAPITRE IV.

Des gardes du commerce.

SOMMAIRE.

1. Origine des gardes du commerce. — Citation de Merlin.
2. Dispositions primitives du projet du Code de commerce. — Observations des tribunaux. — Les gardes du commerce maintenus à Paris seulement.
3. Texte du décret du 14 mars 1808.

« Il sera établi, pour la ville de Paris seulement, des gardes du commerce pour l'exécution des jugements emportant la contrainte par corps. La forme de leur organisation et leurs attributions seront déterminées par un règlement particulier. »

(Art. 625, *C. de comm.*)

1. Merlin explique dans les termes suivants l'origine des gardes du commerce :

« Divers exemples avaient fait connaître combien la manière avec laquelle les contraintes par corps étaient mises à exécution dans la ville de Paris était peu capable de donner à cet acte de justice le degré de respect et d'autorité qui lui est dû : ces poursuites rigoureuses, que l'on confiait presque toujours à des officiers de justice mal famés, ou à des gens sans caractère qui agissaient sous leur nom, étaient fréquemment exercées sur des débiteurs auxquels la connaissance des procédures et jugements préalables avait été soustraite à dessein, et même sur des personnes contre lesquelles aucun jugement n'avait été prononcé, et que l'on arrêtait par méprise. — Il était résulté de ces abus plusieurs événements funestes : quelquefois le débiteur repoussait ceux qui l'attaquaient, en les tuant ou en les blessant dangereusement. — En 1769, on vit un homme mourir d'une maladie qui avait été la suite de la frayeur et des mauvais traitements d'une capture exercée sur lui par méprise. — Pour arrêter le cours de ces désordres, Louis XV jugea devoir établir de nouvelles règles sur la manière dont la contrainte par corps s'exercerait à l'avenir à Paris et dans la banlieue. — Pour cet effet, il créa, par un édit du mois de novembre 1772, les officiers dont il s'agit dans cet article; mais cette loi n'ayant pas suffi pour remplir les vues du législateur, Louis XV y a suppléé par un autre édit du mois de juillet 1778. » (*Répert.*, tome 5, v° *Gardes du comm.*, n° 1, page 504.)

2. Le projet de Code de commerce portait, article 436 : « Le gouvernement désigne les tribu» naux près lesquels il sera établi des gardes » du commerce pour l'exécution de la con» trainte par corps. — Il détermine la forme de » leur organisation et leurs attributions. »

Les cours d'appel de Nancy et de Rennes, le tribunat de commerce d'Autun, pensèrent que les fonctions d'huissier n'étaient point assez

[1] Cass., 14 déc. 1836 (S.-V. 37, 1, 304.)

chargées d'occupations pour qu'ils ne pussent mettre à exécution les contraintes par corps : en conséquence, ces tribunaux s'élevèrent contre cette proposition.

La société de commerce de Rouen repoussa aussi cet article, et ses motifs sont assez remarquables pour être reproduits : « L'expérience a prouvé, dans l'essai qu'on a fait avant 1789, que cette espèce particulière de nouveaux officiers ministériels était au moins inutile. Les parties intéressées auront bien plus à qui donner leur confiance parmi tous les huissiers qui ont le droit d'instrumenter, que dans un petit nombre de gardes du commerce, dont les fonctions trop resserrées suffiraient à peine à leur subsistance, et que le besoin exposerait à bien des séductions. » (*Observat. des tribun.*, tome 2, 2e partie, page 434.)

Le tribunal de commerce de Carcassonne donna au contraire son assentiment à la mesure proposée.

Enfin, le tribunal et le conseil de commerce de Rouen firent une distinction : A Paris, où la mission des huissiers est fort étendue, l'institution des gardes du commerce est utile ; et dans les départements, au contraire, elle serait une superfétation.

Quoique la commission qui avait préparé le projet de Code persistât dans son opinion, le législateur s'est rallié à ce dernier avis, et a decrété l'art. 625, qui ne constitue les gardes du commerce que dans la ville de Paris.

3. Le décret du 14 mars 1808, a réalisé la promesse du Code, et contient les formes de l'organisation et les attributions de ces nouveaux officiers ministériels.

CHAPITRE V.

Des arbitres rapporteurs, des syndics des faillites.

SOMMAIRE.

1. Usage du tribunal de commerce de Paris quant à la nomination d'arbitres rapporteurs. — Leur mission.
2. Nomination et mission des syndics des faillites.
3. Renvoi, pour les détails, au liv. II, chap. II.

1. *Arbitres rapporteurs.* — Dans les affaires qui ne sont pas de nature à être jugées séance tenante, et qui nécessitent un examen approfondi des pièces et des livres, l'art. 429 du Code de procédure autorise les tribunaux de commerce à renvoyer la cause et les parties devant arbitres rapporteurs. — La mission de ces arbitres est de concilier les parties, si faire se peut, et, à défaut de conciliation, de soumettre aux tribunaux leur avis sur la contestation.

A Paris, il est dressé par le tribunal, et sur les indications de chacun de ses membres, une liste des personnes auxquelles cette mission est conférée.

2. *Syndics des faillites* — Le tribunal forme aussi, et de la même manière, une liste des personnes qui seront chargées, sous la surveillance d'un juge-commissaire, d'administrer les faillites et d'en conduire à bonne fin toutes les opérations.

3. Dans le livre II de cette partie, chap. II, nous examinerons avec le soin qu'elle mérite cette double institution, qui touche profondément à l'organisation des tribunaux de commerce et à la marche des faillites. — Pour suivre l'ordre naturel des idées, nous avons dû nous restreindre ici à ces quelques mots.

CHAPITRE VI.

Des traducteurs et interprètes.

SOMMAIRE.

Utilité des traducteurs et interprètes. — Comment ils sont nommés.

Souvent les parties présentent aux tribunaux de commerce des documents et des actes écrits en langue étrangère. — Quelquefois, mais plus rarement depuis que l'étude de la législation

comparée s'est nationalisée en France, les magistrats ont besoin de consulter les lois des pays étrangers. — Enfin, dans certaines occasions, qui sont aussi très-rares, les parties, investies du droit de se défendre elles-mêmes, sont dans l'impossibilité, à cause de leur naturalité, de parler couramment la langue française.

Pour parer à toutes ces nécessités, le tribunal de commerce de Paris a admis, comme experts, un certain nombre de traducteurs et interprètes. — Ces agents du tribunal sont par lui désignés, et prêtent serment, après qu'une commission d'enquête a édifié les magistrats sur la moralité et la capacité du postulant.

TITRE IV.

DES USAGES INTÉRIEURS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

De quelques usages relatifs à l'administration de la justice.

SOMMAIRE.

1. Le tribunal de commerce de Paris étant à la tête des juridictions consulaires, c'est chose utile que de faire connaître ses usages intérieurs.
2. Division du tribunal de Paris en deux sections. (Décret du 6 octobre 1809.)— Grand et petit rôle : leurs jours d'audience. — Répartition des membres du tribunal en plusieurs chambres.
3. Indication, par le tribunal, des jours d'audience pour lesquels les assignations sont données. — But et utilité de cet usage.
4. Placement des causes. — Arrêté du tribunal du 9 novembre 1811. — But et utilité de cet usage.
5. Ordre dans l'appel des causes. — Premier et rapide examen des affaires. — Jugement des causes n'offrant pas de difficultés, et prononciation des défauts.
6. Rabat des défauts. — Où et dans quel délai les défauts sont rabattus. — Arrêté du tribunal du 29 février 1812.
7. Jugement immédiat de certaines causes. — Renvois devant arbitres rapporteurs. — Renvois au grand rôle.
8. Roulement du tribunal. — Législation à ce sujet. — A Paris, le roulement est fait chaque six mois. — Les parties sont sans qualité pour critiquer le roulement qui, étant une mesure d'ordre intérieur, rentre dans les pouvoirs privés du pouvoir exécutif.
9. Anciens usages des juridictions consulaires, sous l'empire de la législation de 1563 et de 1673.

1. Le tribunal de commerce de Paris, par la multiplicité et l'importance des affaires qu'il juge, par l'expérience traditionnelle de ses magistrats, est placée à la tête des juridictions consulaires.—C'est donc faire une chose utile à tous les autres tribunaux que d'exposer les mesures intérieures qu'il prend et les usages qu'il suit dans l'administration des affaires commerciales.

2. D'après l'article 5 du décret du 6 octobre 1809, le tribunal de commerce de Paris est seul divisé en deux sections.

Voici comment a été exécutée cette disposition de la loi.

On a divisé les travaux du tribunal en deux rôles, *le grand* et *le petit rôle*. — Les affaires qui, compliquées de questions de fait ou de droit, exigent quelques développements, sont placées au grand rôle — Au contraire, les causes dont la solution est facile et n'entraîne pas de longues discussions restent au petit rôle, où elles sont promptement expédiées. La même audience voit en général naître et mourir la majeure partie de ces causes, qui, dans des matières sommaires de leur nature, sont plus sommaires encore. Il est rare qu'elles subissent deux remises. C'est ainsi qu'il est satisfait aux prescriptions du décret.

Les jours d'audience du grand rôle sont les lundis et mercredis. Lorsqu'il y a urgence, des audiences extraordinaires sont indiquées les samedis. — Le petit rôle tient ses audiences les mardis, jeudis et vendredis.

Maintenant, et pour que les magistrats puissent en quelque sorte se multiplier, le grand et le petit rôle ont été subdivisés en un grand nombre de chambres [1]. Le lundi et le mercredi ont chacun leur chambre particulière, qui

[1] Le mot *sections* était naguère employé au tribunal de commerce, et c'était à tort : il vaut mieux dire *chambres*. — En effet, le décret de 1809 n'autorise que la création de deux sections; mais il est évident que les sections dont il est ici question sont uniquement la répartition du travail entre les juges, et que le vœu du décret est accompli par la division du tribunal et des affaires en grand et petit rôle.

statue sur les affaires du grand rôle.—Le mardi, le jeudi et le vendredi ont aussi, pour les affaires du petit rôle, des chambres qui statuent à jour spécial d'audience : et, comme ces jours d'audience ne reviennent que de quinzaine en quinzaine, il existe pour chacun d'eux de doubles chambres, dont le service alterne chaque semaine.

3. Les statistiques officielles mentionnent qu'il est porté au rôle du tribunal de Paris plus de 40,000 affaires par an. — S'il n'était point indiqué un mode particulier pour les assignations, une grande confusion s'établirait, et les justiciables souffriraient cruellement des retards qu'elle occasionnerait. Pour obvier à cet inconvénient, le tribunal a engagé les huissiers et les agréés de n'assigner que pour des jours déterminés.

Comme cette indication n'est point faite par la loi, elle ne lie point les parties ; mais, suivie exactement par les huissiers et par les agréés, qui ont la direction presque toujours souveraine des procès, elle produit les plus heureux effets.

4. L'audience étant ouverte, l'un des huissiers audienciers appelle les causes nouvelles ou celles qui reviennent après remise; si les exploits d'assignation n'étaient remis à l'huissier qu'au moment même de l'appel, le plumitif du greffier ne pourrait être prêt, le président ne pourrait le signer immédiatement et le désordre s'introduirait au début de l'audience, qui se perdrait en partie dans cette régularisation. — Ici encore, le tribunal a pris une mesure d'ordre intérieur, qui est fort utile.

Les exploits d'assignation sont déposés au greffe la veille du jour pour lequel ils ont été donnés. — Faute d'opérer cette remise, la cause n'est point placée. (*Arrêté du tribunal*, du 9 novembre 1811.)

5. L'huissier qui procède à l'appel fait en général venir, à la suite l'une de l'autre, toutes les affaires dont le même agréé est chargé.

Si le défendeur comparait et soulève quelque difficulté, la cause est remise après l'appel. — Si, au contraire, il reconnaît le bien fondé de la demande et se borne à réclamer terme et délai, le tribunal statue immédiatement.—Enfin, si le défendeur ne comparaît pas, ni personne pour lui, quoique dûment appelé, il est sur-le-champ donné défaut.

6. D'abord ces défauts pouvaient être rabattus au greffe du tribunal, dans la même journée où ils avaient été prononcés et jusqu'à la clôture du greffe pour tout délai. — Cependant cette facilité, qui avait eu pour but de régler des cas urgents et fort rares, étant devenue une source d'abus et de frais, un arrêté du tribunal, du 29 février 1812, qui est encore suivi aujourd'hui, a décidé que le rabat des défauts ne serait admis qu'à l'audience même dans laquelle ils ont été prononcés. — Cette audience finie, le jugement par défaut est acquis à la partie qui l'a obtenu.

Parmi les causes renvoyées après l'appel, il en est qui sont susceptibles de recevoir décision immédiate : pour celles-là, le tribunal écoute les plaidoiries, qui sont brèves et précises, puis il statue. — Il en est d'autres qui comportent une instruction plus longue ; celles-là sont renvoyées devant arbitres rapporteurs. — Enfin d'autres, sans nécessiter un examen préparatoire, sont compliquées de nombreux détails et doivent amener de graves explications : celles-là sont renvoyées au grand rôle.

8. Le placement des juges dans les diverses sections n'est pas une chose arbitraire : de nombreux règlements d'administration publique ont déterminé les formes qu'il fallait suivre à cet égard. — On peut consulter l'article 50 du décret du 30 mars 1808;—l'article 15 du décret du 6 juillet 1810;—l'ordonnance royale du 11 octobre 1820 ; — et celle du 28 juillet 1825.

Dans les tribunaux civils, il n'est fait, aux termes des dispositions que nous venons de rappeler, qu'un roulement par année. — Quoiqu'il n'existe pas, à notre connaissance du moins, de règlements particuliers pour les tribunaux de commerce, le tribunal de Paris est dans l'usage de faire un roulement tous les six mois, et de procéder en même temps à un nouveau classement des causes du grand rôle.

Le ministre de la justice, de qui relèvent les tribunaux de comerce, approuve cet usage, car il n'a été l'objet d'aucune observation de sa part.

Nous ferons remarquer, 1° que les parties sont sans qualité ni droit pour attaquer le roulement d'un tribunal, lorsque ce roulement a été approuvé par l'assemblée générale des chambres. —C'est là une mesure de discipline intérieure qui ne peut être critiquée par les justiciables [1];

2° Que le mode de roulement annuel dans les cours et tribunaux rentre dans les limites du pouvoir qu'a le roi de faire des règlements d'administration publique [2].

9. En regard de ces usages suivis de nos jours par le tribunal de commerce de Paris, il est intéressant de placer les usages qui réglaient l'administration de la justice dans les anciennes juridictions consulaires.

Les juges-consuls recevaient des jetons de présence représentant, sur la face, la Justice avec des ailes, et portant pour exergue : *Insuper alas addidimus*.

Ils siégeaient, à Paris, les lundis, mercredis et vendredis, depuis huit heures du matin jusqu'à une heure, et depuis trois heures de relevée jus-

[1] Paris, 17 déc. 1829 (S.-V. 30, 2, 55.)

[2] Paris, même arrêt que ci-dessus; — cass., 4 mars 1830 (S.-V., 30, 1, 265.)

qu'au soir bien tard, pour finir la dernière cause.

Le nombre des causes, chaque jour d'audience, était ordinairement de 250 à 300, dit le *Praticien des consuls.* — Suivant Nicodème, on aurait vu, à Paris, des audiences où le nombre des causes se serait élevé jusqu'à 800, et la moyenne habituelle des audiences aurait été de 300 à 400. (*Exercice des commerçants*, 1re part., page 159, en note.)

Si les consuls trouvaient qu'une affaire était de nature à employer trop de temps, ou nécessitait l'examen de livres et pièces, ils nommaient un ancien consul sorti de charge, ou un autre marchand connu par sa probité et son expérience, et le chargeaient d'étudier l'affaire chez lui et d'en faire rapport.

Si l'audition en personne des parties non comparantes était jugée utile, un interrogatoire sur faits et articles, dont le greffier tenait copie, était ordonné. — La preuve testimoniale était admise pour quelque somme que ce fût.

Les jugements par défaut avaient des effets différents, suivant qu'ils concernaient une cause *de Paris* ou une cause *de la campagne*.

Dans les causes de Paris, on donnait un défaut pur et simple contre le défendeur non comparant, et qui devait être réassigné. Le défendeur qui faisait une seconde fois défaut sur cette réassignation avait encore la liberté, sur une requête répondue par le juge, de faire assigner le demandeur pour voir dire, à la première audience, que la sentence serait rapportée.

Dans les causes de la campagne, les parties devaient comparoir à la première assignation, sinon le jugement qui intervenait par défaut était définitif. Mais sur une requête, que la partie adverse faisait répondre par le juge, ou par l'un des consuls, il était permis de faire assigner pour voir dire que la sentence serait rapportée et le procès jugé de nouveau. (*Praticien des consuls*, pages 274 et suiv.)

CHAPITRE II.

Des usages relatifs à l'étiquette et aux cérémonies publiques.

SOMMAIRE.

1. Les questions de forme et d'étiquette ne sont pas sans importance.
2. Rang des juges entre eux.
3. Costume des membres des tribunaux de commerce.
4. Leur rang dans les cérémonies publiques. — Leurs devoirs d'étiquette.
5. Discours et adresses. — Décret du 25 février 1809.
6. Obsèques.

1. Les questions de forme et d'étiquette ne sont pas sans importance, elles touchent quelquefois à la dignité et à l'indépendance des corps, et elles méritent de courtes observations.

2. *Rang des juges entre eux.* — L'art. 7 du décret du 30 mars 1808 porte, § 2 : « La première liste, formée suivant l'ordre des nominations, établira le rang dans les cérémonies publiques, dans les assemblées de la cour et même entre les juges se trouvant ensemble dans une même chambre. »

L'art. 52 du même décret rend cette disposition commune aux tribunaux.

L'art. 28 du décret du 18 août 1810 ajoute : « Indépendamment de la liste de service, ordonnée par notre décret du 30 mars 1808, il sera tenu une liste de rang sur laquelle les membres de nos tribunaux de première instance seront inscrits dans l'ordre qui suit : le président du tribunal; — les juges dans l'ordre des réceptions; — les suppléants, dans le même ordre. »

3. *Costume.* — L'art. 8 et dernier du décret du 6 octobre 1809 dit : « Les membres des tribunaux de commerce porteront, dans l'exercice de leurs fonctions, et dans les cérémonies publiques, la robe de soie noire avec des parements de velours. »

4. *Cérémonie publique.* — Le décret du 24 messidor an 12 règle les formes usitées dans les cérémonies publiques. Son art. 1er réserve au président du tribunal de commerce une place dans toutes les cérémonies publiques : il marche à côté du président du tribunal de 1re instance.

L'art. 8 détermine l'ordre suivant lequel les autorités marcheront dans les cérémonies publiques. — Les membres des tribunaux de com-

merce viendront après les officiers de l'état-major de la place.

L'art. 13 déclare qu'il sera fourni, aux autorités réunies pour les cérémonies, des escortes de troupes de ligne ou de gendarmerie.

Les art. 21 à 28 du titre 3 indiquent les honneurs civils à rendre au chef de l'État ; les art. 13 à 17, titre 5, ceux à rendre aux princes français.

Lors de l'avénement d'un ministre de la justice, les tribunaux doivent aller en corps complimenter ce nouveau chef de la magistrature.

L'art. 9 du décret porte : « Lorsque le premier président de la cour de cassation sera installé, tous les tribunaux de la ville où résidera la cour de cassation iront le complimenter, par une députation composée de la moitié de chaque tribunal.

» Il rendra les visites dans les vingt-quatre heures. »

L'art. 10 concerne les premiers présidents des autres cours et tribunaux : dans les vingt-quatre heures de leur installation, ils doivent recevoir la visite du président du tribunal de commerce ; ces visites sont rendues également dans les vingt-quatre heures.

5. *Discours et adresses.* — Le premier jour de l'année et le jour de la fête du roi, une députation composée ordinairement du président, de dix membres du tribunal et du greffier en chef, va présenter au roi l'hommage du tribunal. — Le président prononce un discours, qui, au retour de la députation, est inscrit avec le récit de cette présentation, sur le registre des délibérations [1].

6. *Obsèques.* — « Le tribunal de commerce de Paris est dans l'usage d'honorer la mémoire des anciens membres qui lui ont appartenu. — Ainsi lorsqu'un ancien juge ou juge suppléant vient à mourir, et que la famille en donne avis, le président nomme une commission de quatre juges pour assister au convoi en habit de ville. Si c'est pendant l'exercice de ses fonctions qu'arrive le décès de l'un des membres du tribunal, la députation assiste en costume à ses funérailles. » (Gasse, *Manuel des juges de comm.*, page 52.)

[1] *Voyez* le décret du 25 février 1809, qui règle le mode de rédaction des discours et adresses.

TITRE V.

DES ATTRIBUTIONS NON CONTENTIEUSES DES TRIBUNAUX DE COMMERCE ET DE LEURS PRÉSIDENTS.

Les attributions des tribunaux de commerce s'exercent en matière contentieuse et en matière non contentieuse. — Leurs attributions en matière contentieuse déterminent leur compétence, et seront le sujet des deuxième et troisième parties de cet ouvrage.

Leurs attributions en matière non contentieuse sont l'objet d'actes émanés du tribunal tout entier, ou rentrent dans les fonctions particulières du président. Dans les deux chapitres suivants, nous allons rapidement les analyser.

CHAPITRE PREMIER.

Des attributions non contentieuses du tribunal [1].

SOMMAIRE.

Énumération de toutes les attributions non contentieuses du tribunal.

Nomination des agréés. — Choix des huissiers. — Indications sur les greffiers et réception de leur serment. — Présentation des gardes du commerce. — Participation à l'élection des membres des chambres de commerce. — Avis sur la nomination des agents de change et courtiers : réception de leur serment. — De même pour les courtiers-gourmets-piqueurs de vins. — Tableau des agents de change et courtiers. — Nomination des experts, traducteurs et interprètes, et réception de leur serment. — Confection du tableau des marchandises que les courtiers ont le pouvoir de vendre. — Avis officieux sur les listes des notables commerçants. — Nomination des syndics des faillites et arbitres rapporteurs. — Réception du dépôt légal des produits industriels. — Désignation des journaux pour les insertions d'annonces légales. — *Exequatur* donné par le roi aux consuls des pays étrangers.

Les tribunaux de commerce ont dans leurs attributions non contentieuses les actes suivants :

Ils nomment les agréés, qu'ils présentent à la confiance des justiciables, et dont ils reçoivent le serment ;

Ils choisissent, parmi les huissiers ordinaires, les huissiers qui ont pour mission de maintenir la police des audiences, et que, pour ce motif, on appelle audienciers;

Ils sont consultés sur le choix de leurs greffiers et reçoivent leur serment ;

Ils présentent à la nomination du roi les gardes du commerce ;

Ils concourent, suivant l'ordonnance du 16 juillet 1832, à l'élection des membres de la chambre de commerce ;

Suivant l'ordonnance du 3 juillet 1816, ils donnent leur avis sur la nomination des agents de change et des courtiers de commerce, dont ils reçoivent le serment ;

Ils participent également, suivant le décret du 15 décembre 1813, à la nomination des courtiers-gourmets-piqueurs de vins, et les admettent aussi au serment ;

D'après l'art. 10 de l'arrêté du 29 germinal an 9, les tribunaux de commerce font apposer

[1] La plupart des dispositions qui suivent n'existent pas en Belgique.

dans un lieu apparent un tableau dans lequel sont inscrits les noms des agents de change et courtiers;

Ils choisissent leurs experts, traducteurs et interprètes, et reçoivent leur serment;

Ils participent à la formation du tableau des marchandises que, sous leur autorisation, les courtiers de commerce ont pouvoir de vendre;

Consultés officieusement par les préfets, ils donnent leur avis sur la liste des notables qui doivent élire les membres des tribunaux de commerce;

Ils dressent une liste des personnes auxquelles ils entendent confier les fonctions de syndics des faillites et d'arbitres rapporteurs;

Conformément à l'ordonnance du 17 août 1825, ils reçoivent le dépôt légal des produits industriels et manufacturiers, fait par les commerçants qui désirent conserver sur ces produits un droit de propriété exclusif;

Ils désignent les journaux qui doivent recevoir les publications des jugements déclaratifs de faillites et des autres avis concernant la marche de ces faillites : ils déterminent le tarif du prix de ces publications;

Chaque année, vers la fin du mois de décembre, ils désignent, conformément à l'art. 42 du Code de commerce, les journaux chargés de publier les extraits des formations, modifications, ou dissolutions des sociétés; ils arrêtent le prix qui sera payé auxdits journaux pour ces insertions;

Enfin, ils lisent en audience publique les ordonnances royales donnant l'*exequatur* aux consuls des pays étrangers.

CHAPITRE II.

Des attributions du président.

SOMMAIRE.

1. Police des audiences. — Autorisation d'assigner à bref délai et de former des saisies conservatoires. — Payement des lettres de change perdues. — Autorisation de saisir conservatoirement les effets mobiliers des signataires des lettres de change non payées. — Nomination des experts pour vérifier l'état des marchandises. — Ordonnance d'*exequatur* aux sentences arbitrales. — Délivrance des secondes grosses. — Nomination des arbitres ou surarbitres. — Vérification des livres de commerce. — Acceptation des commissions rogatoires. — Légalisation des signatures des membres du tribunal, du syndicat des agents de change et courtiers. — Certificats constatant l'existence des sociétés servant à l'exercice des droits électoraux. — Vérification mensuelle de l'état du greffe et surveillance spéciale, sur la présentation d'un pouvoir spécial de la port des mandataires des parties.
2. Texte des ordonnances des 3 novembre 1823 et 10 mars 1825.

1. Le président, ayant la police des audiences, peut, conformément à l'art. 89 du Code de procédure, donner des avertissements à ceux qui troublent l'ordre, ou les faire expulser de l'audience;

Dans les cas qui requièrent célérité, il peut autoriser les assignations à bref délai, et les saisies conservatoires [1];

Conformément à l'art. 152 du Code de commerce, il autorise le payement des lettres de change perdues, entre les mains du propriétaire qui justifie de sa propriété par ses livres et donne caution;

Conformément à l'art. 172, même Code, il peut accorder au porteur d'une lettre de change protestée faute de payement, l'autorisation de saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs;

Conformément à l'art. 106 même Code, il nomme les experts chargés de vérifier et constater l'état des marchandises sur la réception desquelles il s'élève des contestations;

Conformément à l'art. 61, même Code, il revêt de son ordonnance d'*exequatur* les sentences arbitrales rendues en matière de société, et déposées au greffe de son tribunal;

Conformément aux articles 844 et 854 du Code de procédure civile, il autorise, sur requête à lui présentée, la délivrance d'une seconde grosse;

[1] Il peut, en vertu de l'art. 417, C. de proc., autoriser une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers. (Brux., 20 mai 1840, *J. de Br.*, 1841, page 149.)

Quand les conventions sociales ou autres lui confient le soin de désigner les arbitres juges ou le surarbitre, et ce cas se présente souvent, il procède à cette nomination;

Il donne commission à l'un des membres du tribunal d'examiner et vérifier l'état des livres de commerce;

Quand des commissions rogatoires lui sont adressées, après les avoir acceptées, il délègue un juge pour les exécuter;

Il légalise les signatures des membres de son tribunal, et celles des membres du syndicat et des agents de change et courtiers;

Il délivre aux associés le certificat constatant l'existence de la société, qui sert à l'exercice de leurs droits électoraux;

Enfin, conformément aux ordonnances françaises des 5 novembre 1823 et 10 mars 1825, il fait une vérification mensuelle de l'état du greffe, il surveille l'exécution de la loi qui exige la présentation d'un pouvoir spécial de la part des mandataires des parties, et il transmet le résultat de ses observations au procureur général près la cour royale.

LIVRE DEUXIÈME.

DES RÉFORMES QUE NÉCESSITE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

De la nécessité d'introduire un officier du ministère public près des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. Position de la question.
2. Le tribunal de Paris est peu favorable à l'introduction du ministère public devant les juridictions consulaires. — Un ami véritable doit, au lieu de flatter, dire la vérité, surtout lorsqu'elle est utile.
3. Retour vers le passé. — Les juridictions consulaires privées du ministère public par un motif humiliant pour elles. — Citation de d'Aguesseau.

Quand les juridictions consulaires furent bien assises, le besoin d'un officier du ministère public s'y fit sentir. — Citation de Toubeau.

Ce sentiment devient si vif, que les juges-consuls de Paris tentent vainement cette création. — Citation de Nicodème et de Denizart.

Dans le projet primitif du Code de commerce, en 1807, proposition d'admettre le ministère public en juridictions consulaires. — Texte de la discussion à cet égard. — Rejet de la proposition par le corps législatif, non à cause de ses dangers, mais parce que le projet n'était pas suffisamment mûri.

4. Examen de la question telle qu'elle est aujourd'hui posée. — Plan de cet examen.
5. La création du ministère public serait honorable pour les tribunaux de commerce, et les relèverait de leur état d'infériorité.
6. Utilité de l'institution devant les tribunaux. — Indication des causes communicables. — Si cette utilité existe devant les tribunaux civils, elle est une impérieuse nécessité devant les tribunaux de commerce. — Difficulté de la science du droit, surtout dans les matières qui touchent à la procédure. — Citation de Carré.
7. Les causes commerciales ont-elles l'importance des causes civiles? — Application aux affaires de commerce, des causes communicables ci-dessus rappelées.
8. Gravité des affaires de faillites. — Leur double aspect. — Administration des faillites, contestations qui en découlent.
9. Discussion des objections soulevées contre l'institution réclamée.

1° Influence du ministère public. — Cette influence, au lieu d'être fâcheuse, serait salutaire et désirable.

10. 2° Loin d'altérer la simplicité des juridictions consulaires, le ministère public la consoliderait. — Il imprimerait aux affaires plus de célérité et d'économie. — Renvois devant arbitres rapporteurs. — Statistique. — Abus reconnu et déploré par le tribunal de Paris. — Citation des paroles de Pepin-Lehalleur et de Lebobe.

La création du ministère public est le meilleur remède à cet abus.

11. 3° Réfutation de l'opinion de Boncenne. — Opinions de Carré et de E. Vincens.
12. Résumé.
13. Caractère qui serait donné à l'officier du parquet. — Il devrait être nommé par le roi.
14. Dans quelle classe il devrait être choisi. — Citation de Carré.
15. Projet de loi qui suffirait pour constituer cette institution.

1. *L'institution du ministère public serait-elle utile près les tribunaux de commerce?*

Serait-elle compatible avec les règles organiques de leur juridiction?

En cas d'affirmative, par qui l'officier du ministère public devrait-il être nommé?

Quelles qualités devrait posséder la personne qui en remplirait les fonctions?

2. Le tribunal de commerce de Paris est peu favorable à l'introduction, devant lui, d'un officier du ministère public. Quelque déférence que nous ayons pour les décisions de ce tribunal, qui compte tant de magistrats d'élite, nous croyons que la question n'a pas été suffisamment étudiée; c'est précisément parce que nous voulons que la juridiction consulaire soit forte et honorée, parce que nous désirons qu'elle réalise tous les avantages qui sont dans sa nature, que nous combattrons avec énergie ses penchants, lorsqu'ils nous paraissent empreints d'une susceptibilité exagérée. En ami véritable d'une institution qui rend au commerce de si grands services, nous ne craindrons pas de dire, parce que nous espérons le démontrer, que l'établissement du ministère public serait utile aux justiciables, honorable pour la juridiction, et conforme aux grands principes de notre organisation judiciaire.

3. Évoquons rapidement les souvenirs du passé.

Il n'existait point d'officiers du ministère public devant les anciennes juridictions consulaires, et le motif de cette exclusion ét t alors commandé par la compétence et par la nature même de ces juridictions.

A l'époque de leur érection, elles n'avaient à statuer que sur des contestations de la valeur la plus minime. On sait que la déclaration de mai 1620 constatait que *les deux tiers des causes portées devant elles n'excédaient pas la valeur de soixante sols.*

A cause de ce fait, le législateur, ne voulant pas attribuer aux juges-consuls un pouvoir trop étendu, se refusa à leur reconnaître le caractère de juges royaux. Or, si l'on avait introduit auprès d'eux messieurs les gens du roi, ce caractère, qu'on leur déniait, leur aurait été acquis. — Par là on aurait augmenté leur puissance, et ils auraient été, comme les juges ordinaires, investis du pouvoir de faire des règlements. — C'est précisément ce que l'édit de création avait voulu empêcher.

Nous lisons, en effet, dans un réquisitoire de Henri-François d'Aguesseau, avocat général, prononcé devant le parlement, le 7 août 1698 : « Quelque favorable que soit la juridiction con» sulaire, elle ne peut pourtant s'attribuer l'au» torité de faire des règlements; on n'y trouve » ni un officier, et un ministère public qui » puisse les requérir, ni des juges revêtus d'un » caractère assez élevé pour pouvoir les or» donner, ni un territoire dans lequel ils puis» sent les faire exécuter. » (Bornier, tome II, pages 723 et 724.)

Cependant, lorsque la juridiction fut protégée contre les attaques des juges ordinaires, lorsqu'à l'abri de la sécurité qu'elle avait conquise, les causes commerciales se multiplièrent devant elle et devinrent plus importantes, le besoin d'un officier du ministère public commença à se faire sentir. Toubeau l'atteste quand il dit : « Le sentiment de Bergeron est que dans les » juridictions consulaires, il devrait y avoir un » assesseur et procureur du roi, pour mieux » conseiller et aviser à ce qui est de point de » droit et de pratique, et pour suppléer à tel » défaut, et afin d'obvier et remédier aux fautes » et abus qui se commettent le plus souvent » par l'ignorance et nonchalance des gens non » lettrés. » (Tome 1er, liv. Ier, tit. 1er, page 16, au commencement.)

Les juges-consuls de Paris étaient si convaincus de cette vérité, que, malgré les prescriptions de la loi, malgré la faiblesse de leur organisation, ils tentèrent de constituer un procureur du roi, auquel ils voulaient donner mission de suivre certaines affaires criminelles nées devant leur juridiction. Mais cette création, qui était dans leur vœu, ne convenait pas au législateur. Aussi nous trouvons, dans Nicodème, un arrêt de la cour du parlement du 8 août 1702, qui fit défenses aux magistrats consulaires de commettre aucun d'eux pour faire la fonction de substitut de procureur général du roi. (*Exercice des commerçants*, 1re part., pages 83 et 84.)

Denizart cite un autre arrêt, rendu le 17 juin 1722, faisant défenses semblables aux consuls de Saint-Quentin. (Tome 1er, v° *Consuls*, page 673.)

Le sentiment de Toubeau, cette tendance du tribunal de Paris, avaient rallié de nombreux suffrages à l'époque où le projet de Code de commerce était préparé. Ses rédacteurs, doués d'une profonde expérience, convaincus de l'utilité du concours que les magistrats du parquet apporteraient aux tribunaux de commerce, firent les propositions suivantes :

Art. 432 : « Il y a, près de chaque tribunal, » un commissaire du gouvernement. »

Art. 437. « Le commissaire du gouverne» ment est entendu dans toutes les causes qui » intéressent des mineurs non commerçants, » des interdits, des femmes mariées non com» merçantes, ou des absents. — Il fait toutes » les réquisitions nécessaires pour le maintien » des formes, l'application de la loi et l'exécu» tion des jugements. »

Cette innovation appelait nécessairement l'attention des tribunaux consultés sur le projet du Code. La commission chargée de rédiger ce projet résuma avec impartialité la discussion qui intervint. Ce document eût été l'un des éléments nécessaires de notre examen, mais son étendue nous interdit de le transcrire ici : néanmoins on peut le lire dans Locré, tome 8, pages 89 à 101, et dans l'*Analyse raisonnée des observations des tribunaux de commerce*, tome 4, pages 113 à 132.

La question soumise au corps législatif était complexe. — Fallait-il introduire le ministère public près des tribunaux de commerce; quelle devait être l'étendue de ses attributions? Fal-

lait-il confier sa nomination à une assemblée d'électeurs, ou la laisser, au contraire, au choix du souverain? Ses fonctions devaient-elles être dévolues à un commerçant ou à un jurisconsulte? Sur chacune de ces questions, un grand conflit s'élevait. Or, pressé par ses autres travaux, sollicité de consolider par des lois nouvelles l'édifice social, le législateur ne pouvait consacrer à la solution de ces difficultés le soin qu'elle nécessitaient. Pour lui, mieux valait une loi prompte, avec quelques imperfections, qu'une loi meilleure, mais plus tardive. Pour ne pas se perdre dans les détails qu'entraînait l'institution proposée, il jugea convenable de la supprimer.

4. C'est ainsi que la question est parvenue jusqu'à nous. Nous allons rechercher d'abord les motifs qui militent en faveur de l'organisation du parquet; ensuite, nous aurons à examiner les objections soulevées par elle.

5. La création du ministère public qui, vers 1700, paraissait utile à Toubeau, qui, en 1807, était réclamée par la majeure partie des tribunaux, est aujourd'hui une chose nécessaire. — La juridiction commerciale s'est tellement agrandie, par le nombre, mais surtout par le gravité des affaires, qu'autour d'elle viennent s'agiter les plus immenses intérêts. Combien nous sommes loin de ces temps où les deux tiers de ses causes n'excédaient pas soixante sols! La fortune entière des commerçants, des millions, sont l'objet des litiges commerciaux, et ces intéressantes contestations se renouvellent bien plus souvent en instance commerciale qu'en instance civile. — Il faut donc envisager la difficulté du point de vue où l'a amenée la marche ascendante du commerce.

Sous ce rapport, c'est honorer les tribunaux de commerce, c'est rendre hommage à leur importance sociale, que de solliciter pour eux l'adjonction d'un ministère public. Qu'on ne l'oublie pas, le refus d'en doter les juges-consuls reposait sur une pensée hostile. Ils étaient assimilés à ces juridictions sans territoire qu'on pouvait, sans dangers sérieux, laisser aller à l'aventure. — Aujourd'hui, les tribunaux de commerce ont mérité d'être mis au niveau des tribunaux civils, des cours royales, de la cour de cassation elle-même, et leurs sentences sont si graves, que le législateur, en les dirigeant, reconnaît la grandeur de leur mission, comme il reconnaît le caractère élevé des cours supérieures. C'est donc les relever de l'état d'infériorité où on les avait placés, que de réclamer pour eux l'adjonction d'un ministère public. A cette pensée se lient des conséquences d'une autre nature, et qui convient encore à cette décision.

Les tribunaux civils sont composés de magistrats versés dans l'étude de la loi et de la jurisprudence : cependant on les soumet à une légitime surveillance; il est des affaires si délicates, que la présence du ministère public et son action sont indispensables. Voici, d'après le Code de procédure et le Code civil, l'énumération de ces affaires.

Le Code de procédure dispose :

Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes, aux termes de l'art. 83 :

1° Celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les communes, les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres;

2° Celles qui concernent l'état des personnes et les tutelles;

3° Les déclinatoires sur incompétence (art. 385 et 394) ;

4° Les règlements de juges, les récusations et renvois pour parenté et alliance (art. 391) ;

5° Les prises à partie ;

6° Les causes des femmes non autorisées par leurs maris, ou même autorisées lorsqu'il s'agit de leur dot, et qu'elles sont mariées sous le régime dotal; les causes des mineurs et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur ;

7° Les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes.

Le procureur du roi pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire ; le tribunal pourra même l'ordonner d'office.

Aucune transaction sur la poursuite de faux incident ne pourra être exécutée si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles réquisitions qu'il jugera à propos (art. 249).

Seront également soumises au ministère public :

La récusation des experts (art. 311) ;

Toute demande en désaven. (art. 359);

Les requêtes civiles (art. 498) ;

Les contestations dans les contributions (art. 668);

Celles en matière d'ordre (art. 762) ;

Les conclusions du ministère public sont nécessaires dans les demandes en sauf-conduit faites par un débiteur appelé comme témoin et sous le coup de contrainte par corps (art. 782) :

Les contestations relatives à l'emprisonnement des débiteurs (art. 795 et 805) ;

Celles sur la rectification d'un acte de l'état civil. (art. 856 et 858) ;

Les demandes en autorisation aux femmes mariées dont les maris sont présumés absents (art. 863) ;

Les demandes en interdiction (art. 891 et 892) ;

Les demandes en cession de biens (art. 900) ;

Les demandes relatives au refus de viser des significations (art. 1039).

L'art. 1004 porte une disposition qu'il faut citer : on ne peut compromettre sur aucune des

contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public.

Le Code civil reproduit une partie des dispositions ci-dessus, et nous nous bornerons à rappeler la règle générale de son art. 114 : « Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes; et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent. »

Il était utile de signaler l'ensemble des causes, dans lesquelles le ministère public est partie jointe. Tout à l'heure, nous allons extraire de ces causes celles qui peuvent s'agiter devant les tribunaux de commerce, et rechercher si leur importance est assez grande pour mériter une attention spéciale. Mais avant, il est une réflexion, suite nécessaire de celle qui précède cette nomenclature.

La science des lois est difficile à acquérir, et l'habitude des affaires commerciales ne saurait la donner; elle n'appartient qu'à celui qui a longtemps médité les textes, qui s'est familiarisé avec des termes étrangers au langage du monde, et qui, pâlissant sur les livres, a demandé au législateur le secret de ses dispositions. — En procédure surtout, il existe un tel luxe de formalités et des règles si étranges au premier aspect, qu'il faut, pour en avoir la clef, un long noviciat.—C'est s'exposer à bien des mécomptes que d'apprécier toujours les questions du haut de la sphère où l'on est placé. Paris, ce foyer de vives lumières, n'est point à lui seul la France. Là, les choses de la justice ont tant de grandeur, tant de publicité, qu'elles parlent à tous les esprits, se répandent sur toutes les classes, et sont en quelque sorte apprises sans avoir été étudiées. Mais dans les départements, où l'action judiciaire n'est point en permanence, où les litiges ont moins de retentissement ou moins d'intérêt, l'instruction n'agit pas avec puissance sur les autres, et le savoir est personnel.

Emportés par le mouvement rapide de leurs transactions, les commerçants n'ont pas le loisir de se livrer *aux études de droit*, peu attrayantes par elles-mêmes, et lorsqu'ils montent au siége consulaire, l'exercice si court de leur magistrature temporaire ne leur permet pas d'obtenir par la pratique cette science que la théorie n'a pu leur fournir. — Or, si le législateur a cru nécessaire d'éclairer, dans certains cas et par une discussion désintéressée, les juges civils, qui sont dès longtemps initiés à la connaissance et à l'interprétation des lois, est-il prudent, est-il logique d'abandonner, dans les mêmes cas, les juges de commerce à leurs seules inspirations? Les juges de commerce seraient placés dans les mêmes conditions d'aptitude spéciale que les juges civils, que la nature particulière de leur organisation ferait décider la négative. — Devant les tribunaux de première instance, il existe des officiers ministériels, des avoués qui, premiers conseils des parties, instruisent les procès, observent les formes, et souvent guident les magistrats. Les avocats, par leurs discussions contradictoires, éclairent le débat, et concourent à fonder le monument judiciaire sur une base solide. — Devant les tribunaux consulaires le ministère des agréés n'est pas obligé, les parties peuvent comparaître, se défendre en personne, et les magistrats n'ont d'autre appui que leur seule intelligence : guide sûr, quand il s'agit de discerner un fait commercial; vaine ressource, quand la difficulté est compliquée de questions de droit.

Sous ce nouveau rapport, le ministère public paraît encore indispensable, et c'est avec beaucoup de raison que le savant auteur des Lois de l'organisation judiciaire, de la compétence et de la procédure, a dit : « C'est surtout dans une juridiction composée seulement de notables commerçants que ce ministère devrait être institué. — Les intérêts commerçiaux touchent encore de plus près aux intérêts généraux, soulèvent encore plus de questions d'ordre public, que les contestations civiles. Juridiction d'exception, à l'égard de la généralité, et cependant ayant tous les pouvoirs, et même des formes plus sommaires que les tribunaux civils, prononçant le plus souvent jusqu'à la contrainte par corps, pour assurer l'entière exécution de leurs jugements, les tribunaux de commerce réclament près d'eux une partie publique pour y veiller à l'exécution des lois, et y maintenir surtout la compéteuce dans de justes limites. (*Loi de l'organisation judiciaire*, tome 2, question 128, page 263.)

Mais est-il vrai que les causes commerciales sont, par leur nature, par leur gravité, au niveau des causes civiles? — Reprenons les causes communicables ci-dessus rappelées, et voyons celles qui pourraient surgir devant les tribunaux de commerce.

Des obligations commerciales peuvent avoir une source impure ou illicite, elles peuvent attenter *à l'ordre public*.— Or, les procès qui en découlent appellent l'intervention du ministère public.

Les déclinatoires sur incompétence touchent à l'ordre naturel des juridictions; l'intrusion d'un tribunal dans les attributions d'un autre est chose grave, et, si les juges civils ne peuvent statuer sur cet objet sans le concours du ministère public, il existe même raison d'accorder ou de prescrire ce concours aux juges de commerce.

Les récusations de magistrats, les renvois pour parenté et alliance, intéressent profondément la dignité et l'indépendance du pouvoir judiciaire : ils sont réglés par une procédure particulière, et s'agitent devant la juridiction consulaire.

Les femmes, les mineurs, les interdits, les prodigues, ont d'autant plus besoin d'un tuteur judiciaire, que leurs obligations commerciales

entraînent les plus graves conséquences, et sont plus facilement arrachées à leur faiblesse.

Les absents peuvent aussi avoir des procès devant les tribunaux de commerce, et l'art. 114 place spécialement les intérêts de ces personnes sous la protection du ministère public.

Devant les tribunaux de commerce, comme devant les tribunaux civils, on peut produire une *transaction sur faux incident;* or, le ministère public a le droit de faire à ce sujet telles réquisitions qu'il jugera à propos.

Dans les enquêtes commerciales, on peut aussi *récuser les experts.*

Les tribunaux de commerce peuvent, en cas de mandat commercial, juger les *demandes en désaveu.*

Ils statuent également sur les *requêtes civiles.*

Les questions de *contrainte par corps* doivent être soumises au ministère public. — Ici, arrêtons-nous un instant. — La contrainte par corps est une mesure qui se rattache si intimement à l'ordre public, que l'art. 2063 défend aux juges de la prononcer, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, à tous Français de consentir de pareils actes, en dehors des cas déterminés. Ces prescriptions sont faites avec sanction pénale de dommages-intérêts. Or, les tribunaux civils ne prononcent la contrainte que dans des cas fort rares : c'est, pour eux, l'exception. — Les jugements des tribunaux de commerce sont, au contraire, presque tous exécutoires par corps : c'est la règle générale. — Si devant les tribunaux civils, la surveillance du ministère public est utile, elle devrait, à cette occasion, être de rigueur devant les tribunaux de commerce; en effet, c'est ici que se jugent les lettres de change, dont on abuse tant, et qui autorisent la contrainte, servent merveilleusement les calculs de l'usure et de la cupidité.

8. Ici s'arrête l'énumération des causes communicables, qui sont communes aux deux juridictions; et, certes, le champ est assez vaste pour que l'officier du ministère pût se mouvoir utilement; mais il est encore une matière importante, qui appartient en propre à la juridiction consulaire : ce sont *les faillites.* Elles constituent le lot le plus considérable des attributions de la partie publique.

Les faillites sont envisagées par la loi sous un double rapport. Elles donnent toujours naissance à des contestations et à une administration *civiles* [1]. Parfois elles engendrent une administration et des contestations *criminelles.* L'administration civile a pour but de liquider les affaires du failli, de tirer le meilleur parti de son actif, et de maintenir intacte l'égalité parmi tous les créanciers. — Comme une administration intelligente et probe a pour résultat direct d'éviter au commerce des pertes considérables, en augmentant les dividendes, ce premier rapport sollicite l'intervention du ministère public.

Les contestations qui dérivent de cette administration concourent au même but; elles sont difficiles et de longue haleine, cette même intervention aurait encore une grande valeur.

Trop souvent les faillites recèlent de grandes iniquités. — Ici c'est un créancier qui se fait avantager au détriment de la masse : c'est un délit à punir. — Là c'est un désordre d'écritures qui ne permet pas de connaître la situation réelle du failli, c'est un manquement aux obligations imposées aux commerçants; c'est encore un délit qui mérite répression. — Enfin, ici encore, c'est la fraude, avec son cortége de ruses et de manœuvres; c'est le crime qu'il faut frapper.

La loi qui place les faillites sous la surveillance du procureur du roi près le tribunal civil est évidemment impuissante à découvrir, à réprimer tous les abus : elle ne saisit que ceux marqués au doigt par la notoriété publique. — Le procureur du roi ne voit les détails des faillites qu'à travers le prisme des rapports des syndics. Qu'aviendrait-il si ces syndics, par faiblesse, par ignorance des affaires criminelles, quelques-uns diraient par connivence avec les faillis, laissant les délits impunis, la mauvaise foi triomphante, manquaient à la juste satisfaction due à la société et aux égards dus au malheur des créanciers? — En semblables matières, les intermédiaires sont dangereux, et c'est par ses yeux, non par ceux d'autrui, que le ministère public doit regarder.

De ces observations je conclus : — que le ministère public devrait suivre à l'audience les contestations relatives aux faillites; — surveiller directement la gestion des syndics; — se tenir au courant des délibérations de la masse des créanciers et des actions individuelles de chacun d'eux; — et *dicter,* quand il y a lieu, les poursuites criminelles du procureur du roi près le tribunal de première instance.

Un dernier mot, pour répondre à un argument que l'on retouve dans la discussion au conseil d'Etat, ci-dessus indiquée. On craint que le ministère public, dans les assemblées des créanciers, ne substitue sa volonté à la leur et ne dirige leur résolution. — Cette crainte n'est pas fondée. Le ministère public assisterait aux assemblées pour savoir, non pour délibérer : le juge-commissaire, comme aujourd'hui, présiderait aux délibérations dans lesquelles la liberté la plus entière serait laissée aux créanciers. Dans ces réunions, le rôle du magistrat du parquet serait entièrement passif et se réduirait à une légitime observation.

9. Telles sont les raisons qui militent en faveur de la création d'un ministère public de-

[1] Ici le mot *civiles* est employé dans sa généralité, en opposition aux matières criminelles.

vant les tribunaux de commerce, et, dans ma pensée, elles sont décisives. Cependant, parcourons les objections, et l'on verra que leur examen consolide le système qui vient d'être établi.

1° On redoute l'influence que le ministère public doit prendre nécessairement sur les tribunaux de commerce : voulant y faire prévaloir son autorité, il s'efforcera de diriger ses délibérations. Il se constituera le régent de magistrats qui doivent trouver dans la nature de leur origine une garantie de complète indépendance.

J'avoue que je ne puis me rendre un compte exact de la portée de cet argument.

Le procureur général près la cour de cassation, les procureurs généraux près les cours royales, les procureurs du roi près les tribunaux de première instance, ne cherchent nullement à imposer leur influence aux magistrats près desquels ils exercent. Le magistrat assis et l'officier du parquet ont des attributions si nettement définies, qu'une rencontre d'autorité est impossible, et que jusqu'à ces temps, il ne s'est point élevé de conflit entre eux. — Pourquoi l'officier du ministère public serait-il plus envahissant près de la juridiction consulaire? Comment pourrait-il attirer à lui et amoindrir les pouvoirs des juges? — C'est, dit-on, qu'il exercerait ses fonctions, en quelque sorte, à poste fixe, tandis que les juges, entrant au siége pour deux ans seulement, n'auront ni son habileté, ni son expérience.

Voyons si cette crainte est légitime, si elle est fondée.

Il est une influence que la loi peut prévoir et qu'elle doit encourager : c'est celle qu'engendre la pratique des choses judiciaires. Dépositaire des traditions et de la jurisprudence du tribunal, l'organe du ministère public, lorsqu'il donnera ses conclusions, rappellera aux juges nouveaux les usages, les principes admis par leurs anciens : il les engagera à ne pas rompre l'uniformité, si désirable, de la jurisprudence, et, si sa voix est écoutée, loin de nuire à l'institution, elle contribuera à son affermissement; elle rendra un important service aux justiciables, en les rassurant contre la diversité des décisions. Cette influence salutaire, c'est celle que le ministère public s'efforce d'atteindre près des tribunaux ordinaires : dans les tribunaux de commerce, elle serait d'autant mieux venue, que la courte durée des fonctions enlève au siége les juges au moment où ils comprennent l'étendue de leurs droits et de leurs devoirs.

L'intervention du ministère public serait, sauf les faillites, limitée à ceci : dire comment il déciderait, s'il était juge, et pourquoi il déciderait ainsi : c'est un simple droit de conseil. Il appartient ensuite au juge d'interroger sa conscience et sa raison, pour savoir quel parti il doit suivre, quel cas il doit faire de ces conclusions.

Mais, si l'officier du parquet voulait aller au delà, s'il tentait, à l'aide d'une usurpation, de conduire les délibérations, de participer à l'administration intérieure du tribunal, ce tribunal n'aurait qu'à élever sa voix, qu'à signaler ces entreprises au chef de la justice, et le ministère public serait, ou rappelé au sentiment de sa position, ou privé de sa mission, suivant la gravité des cas.

En résumé, sur ce point, ce conflit n'est pas à redouter aujourd'hui : d'abord, il ne s'est pas manifesté devant les autres tribunaux, et l'on ne voit pas à quel titre les tribunaux de commerce seraient frappés du triste privilége de le subir. Ensuite, nous vivons à une époque où la limite de chaque fonction est si clairement établie, que l'immixtion d'une autorité dans une autre est presque impossible; puis notre système de gouvernement admet sur tous les actes une telle publicité, un si redoutable examen, que les abus ne peuvent subsister; — enfin, comme nous l'avons dit, en cas de lutte, un appel à l'autorité supérieure le ferait immédiatement cesser.

10. — 2° On allègue que l'introduction d'un officier du parquet dénaturerait l'institution consulaire, en altérant sa simplicité.

D'abord, qu'on ne l'oublie pas, au point de vue historique, l'objection est mal assise. Ce n'est pas à cause de la *simplicité* des juridictions consulaires, mais à cause de leur peu d'importance, que MM. les gens du roi n'ont pas été admis auprès d'elle.

D'ailleurs, en quoi donc la simplicité des tribunaux de commerce serait-elle altérée? on veut qu'ils fonctionnent avec célérité : or, si nous comprenons bien les fonctions du parquet, son introduction est un nouveau gage de simplicité et de célérité.

En effet, voyons comment les affaires sont aujourd'hui conduites, voyons ce qui surviendrait dans le système que nous défendons.

Il existe devant les tribunaux de commerce, et notamment devant le tribunal de Paris, un usage, qui, conforme au texte de la loi, est en opposition directe avec son esprit. La loi veut, pour les affaires commerciales, une prompte décision, et une grande économie de frais pour les justiciables. L'usage dont nous parlons méconnaît cette double volonté. — L'art 429 du Code de procédure civile autorise les tribunaux de commerce à renvoyer certaines affaires devant arbitres rapporteurs : mais il est évident que cette faculté est une exception et ne doit être employée qu'avec la plus extrême réserve. La règle générale, c'est que le tribunal juge, autant que possible, à la première audience. — Or, l'emploi de ce moyen exceptionnel s'est tellement développé, que le tribunal s'est vu dans la nécessité de constituer une classe d'a-

gents, inscrits sur une liste spéciale et parmi lesquels il fait son choix. Dans presque toutes les affaires graves, qui exigent des explications et un examen approfondi, un arbitre rapporteur est nommé : il reste un mois, trois mois, six mois, un an même, suivant l'importance de la cause, à remplir sa mission. Puis, le rapport déposé, l'affaire est plaidée, jugée, et, comme tout travail mérite salaire, la partie qui succombe est condamnée à payer au rapporteur un honoraire qui varie ordinairement entre 80 et 500 francs : je dois le dire, lorsque j'ai plaidé devant la cour à l'occasion d'un jugement consulaire, j'ai toujours trouvé dans mon dossier un rapport de la nature de ceux dont il est ici question. — La statistique même des travaux du tribunal de commerce de Paris nous apprend officiellement le chiffre énorme des rapports opérés dans le cours d'une année. En 1840-41, il a été déposé au greffe 2,192 rapports, et il a été jugé contradictoirement 8,918 affaires. De ces affaires contradictoires, il faut déduire celles qui, en grande majorité, n'ont donné naissance à aucune difficulté sérieuse.

Ainsi, *la moitié* peut-être des affaires où un débat s'engage a subi les retards éternels de l'examen des rapports, et les frais considérables qui en sont la suite légitime et inévitable!

Pour que la statistique fût entièrement édifiante, il faudrait qu'elle déclarât l'importance des frais dont les justiciables ont été surchargés. A défaut de relevé authentique, une évaluation approximative est possible En prenant pour chaque rapport une moyenne de 100 fr., ce qui me semble modéré, on arrive à reconnaître que, à Paris, les parties qui succombent ont été grevées de 219,200 fr.—Deux cent vingt mille francs de frais, dans une ville! en dehors des prévisions de la loi!

Certes c'est un résultat effrayant. Et, disons-le bien vite, car il ne faut pas que le tribunal subisse les conséquences morales de ce fait, avec la constitution actuelle des tribunaux de commerce, ce résultat est inévitable. Les juges de Paris font des efforts inouïs pour extirper cet abus ; mais leurs efforts sont vains, et nous dirons tout à l'heure pourquoi.

Quand on se rend compte de sang-froid des travaux des magistrats consulaires ;—quand on voit à Paris vingt-sept juges rendre 40,000 jugements, et suivre avec anxiété la marche des faillites, on éprouve une véritable admiration. — Mais le zèle le plus éprouvé, la plus haute intelligence ont leurs limites. Les forces des magistrats ne sauraient suffire à la besogne qui les déborde, et, comme ils ne peuvent prendre à leur délibéré toutes les affaires qui méritent le travail de cabinet, ils sont véritablement obligés de s'en remettre aux soins des arbitres rapporteurs.

Ce mal, il est trop profond pour avoir échappé au tribunal de Paris; il est si pressant qu'il s'est révélé en audience publique. On lit dans le discours prononcé par Pepin Le Halleur, lorsqu'en 1841 il quittait le siége de président : « Au moyen de l'attention scrupuleuse que le tribunal apporte chaque année à la révision de la liste des arbitres rapporteurs et syndics rétribués, on remarque, dans cette nomenclature, des hommes dont l'aptitude est très-satisfaisante sous tous les rapports; mais il en est encore plusieurs qui ne se pénètrent pas des instructions et recommandations qui leur sont données par le tribunal.

» Quelques plaintes fondées nous sont parvenues sur les lenteurs que certains arbitres apportent à faire et à déposer leurs rapports, ce qui est préjudiciable aux parties, et nuit à la prompte et habituelle expédition des affaires. Nous avons aussi remarqué des longueurs et des absences de méthode et de clarté dans la rédaction de plusieurs de ces documents. »,

Depuis ces paroles, l'amélioration que souhaitait Pepin Le Halleur s'est réalisée : les rapports sont faits avec plus de célérité, avec plus de méthode : aussi, bien loin d'attaquer les hommes qui remplissent les fonctions d'arbitres rapporteurs, nous leur rendons hautement justice ; nous reconnaissons qu'ils sont choisis de manière à répondre aux prévisions des magistrats. Mais ce que nous attaquons, c'est l'incompatibilité de ces fonctions avec les grands principes sur lesquels repose l'institution consulaire ; ce que nous déplorons, ce à quoi nous voudrions remédier, c'est la nécessité qui force les magistrats à grever les justiciables de frais énormes et de retards pernicieux.

Le magistrat qui succédait à Pepin Le Halleur dans le siége de la présidence, Lebobe, était aussi vivement ému de l'abus que nous signalons. Laissant son collègue en toucher les détails, lui, il s'élevait contre son principe même. Il disait, dans son énergique langage : « Le grand nombre des affaires que nous sommes appelés à juger, nos audiences sommaires, nous obligent fréquemment à des renvois devant arbitres rapporteurs. Les refus et les remplacements auxquels nous avons à pourvoir par des jugements nouveaux, augmentent les frais pour nos justiciables, et occasionnent une circonvolution de procédure qui enlève à notre justice deux de ses principaux avantages : la rapidité et l'économie. Si nous ne pouvons remédier complétement à cet état de choses, nos efforts tendront à l'atténuer en nous chargeant autant que possible de l'instruction des affaires, sous la forme du délibéré. Nous faisons ici un appel aux commerçants, pour les prier de nouveau d'accepter le rôle de médiateurs, dont nous les chargeons quelquefois. Cette délégation de la justice est trop honorable pour ne pas exciter le zèle du plus grand nombre, et nous trouverons dans leur expérience et leurs lumières *le meilleur remède au mal que nous venons de si-*

gnaler. » (Discours prononcé le 28 août 1841.)

Ce sont là des paroles empreintes de l'amour du bien public ; mais nous ne croyons pas que le concours des commerçants *soit le meilleur remède au mal qui vient d'être signalé*. Si les commerçants acceptaient la mission de rapporter les affaires, comme ils refuseraient des salaires, les justiciables seraient dégrevés des frais qu'engendrent ces rapports. Malheureusement, les commerçants, occupés de leurs affaires personnelles, ne voulant pas se faire des ennemis parmi leurs pairs, ou redoutant des manifestations de principes que plus tard on pourrait tourner contre eux-mêmes, déclinent en général l'honneur des délégations judiciaires. Cela est si vrai, que le tribunal est obligé de recourir aux arbitres salariés.

D'ailleurs le concours des commerçants ne soulagerait les justiciables que sous le rapport de l'économie : ils souffriraient encore des retards de la décision définitive.—Il faut nommer le rapporteur. — S'il refuse, il faut un jugement pour le remplacer.—Il faut des sommations pour comparaître devant lui.—Ses occupations multipliées ne lui permettent pas un rapport immédiat.—Le rapport déposé au greffe, il faut assigner en ouverture. — Et c'est après ces préliminaires que s'établit le débat.

Toutes ces nécessités sont des causes de fâcheux délais.

Il faut donc trouver un *autre remède* que celui qu'indiquait l'honorable Lebobe. Il faut que, par un procédé naturel, le tribunal soit éclairé sur les affaires difficiles, sans qu'il en coûte aux parties ni perte de temps, ni sacrifice d'argent. Là est le problème.

La création du ministère public le résout.

Devant les tribunaux civils, on agite aussi de graves questions, des affaires compliquées de chiffres et de pièces. Eh bien, presque jamais, on pourrait dire jamais, le litige n'est renvoyé devant arbitre rapporteur.—C'est le ministère public qui en remplit l'office, qui examine, et qui rend compte de son examen.

Mais cela sera-t-il possible devant les tribunaux de commerce? On y juge chaque jour tant d'affaires communicables par leur nature ou par leur importance, que le temps de l'audience serait consacré à l'audition du ministère public.

Cette objection ne pourrait être faite que par ceux qui ne connaîtraient pas à fond les traditions de messieurs du parquet.—Ils savent plier leurs fonctions suivant la nature des juridictions auxquelles ils sont attachés.

Devant les cours, l'officier du parquet traite les litiges avec une sorte de solennité, parce que ces litiges sont des procès d'élite par l'intérêt qui s'y attache et par la grandeur des questions qu'ils contiennent.

Devant les tribunaux civils, lorsque l'affaire est sans difficulté, le ministère public s'en rapporte à la prudence des juges, ce qui est légalement conclure. Si, au contraire, le litige est véritablement compliqué de questions embarrassantes, alors le rôle du ministère public devient plus actif. Il étudie dans le cabinet, il examine les pièces, il balance les comptes et il soumet à l'audience le résultat de son investigation. Dans ce cas, un certain délai est nécessaire, cela est vrai; mais, en l'absence de ministère public, combien ce délai est plus considérable! Dans ces affaires graves, où la solution instantanée est impossible, l'examen est d'abord renvoyé devant un arbitre rapporteur, qui, pendant trois mois, réfléchit à son rapport ; puis, l'affaire plaidée, un de ces messieurs est nommé rapporteur. Combien de temps ne s'écoule-t-il pas durant cette double instruction ?

Dans le courant des affaires correctionnelles, le ministère public fait bon marché des mouvements oratoires. Comme il s'agit de statuer sur la liberté des prévenus, il va droit au cœur de la difficulté, et en quelques mots il fait son réquisitoire. — Quand on assiste à l'audience du tribunal de police correctionnelle on se croirait, sauf la diversité des matières et des formes, dans une audience sommaire du tribunal de commerce, tant est grande la célérité de la marche des affaires.

Devant les tribunaux de commerce, le ministère public modèlerait ses allures sur celles de la juridiction. Il se garderait bien d'y faire des discours en quatre points. Dans les causes communicables, sans intérêt réel, il concluerait en s'en rapportant à la prudence du tribunal. Dans les causes difficiles, il aborderait la discussion avec simplicité : il se placerait, dès l'abord, au centre du débat : il en expliquerait le litige en moins de temps que n'en comporte la discussion des rapports des arbitres rapporteurs. D'ailleurs, le temps perdu serait plus que regagné, puisqu'il n'y aurait qu'une affaire, qu'un jugement, là où il en existe deux

Il est donc évident que, dans notre système, on gagne de vitesse sur la législation actuelle; — que l'indépendance des juridictions consulaires n'est en rien altérée; — que les formes de procéder restent les mêmes et conservent toute leur simplicité ; — qu'enfin, le ministère public, au lieu d'être un obstacle à la rapidité des audiences, concourt à l'assurer.

11. — 3° Boncenne, dans l'introduction à sa *Théorie de la procédure civile*, se déclare hostile à l'introduction du ministère public en juridiction consulaire. Son motif, c'est qu'il ne faut pas d'intermédiaire entre le commerçant qui plaide et le commerçant qui juge (1re édition, page 376). — Cette raison serait bonne si les juges de commerce, se décidant uniquement d'après l'équité, ne consultaient que leurs seules inspirations, et n'étaient pas soumis à l'application stricte de la loi. — Or il n'en est pas ainsi, et l'on reconnaît si bien la nécessité d'intermédiaires entre le justiciable et le magistrat, que ce

magistrat choisit un arbitre pour médiateur, et autorise la compagnie des agréés, qui sont aussi des intermédiaires. Dès lors, si ces agents, qui ont un intérêt direct et personnel, sont utiles au commerce, pourquoi repousser l'intervention d'un magistrat, qui n'obéit ni à des passions ni à des intérêts individuels, et qui n'a qu'un but, la découverte de la vérité?

12. Sous tous ces rapports, soit que l'on examine séparément les avantages et les inconvénients, soit qu'on les réunisse pour les peser ensemble, on demeure convaincu que ce serait une heureuse mesure que celle qui placerait un ministère public près des tribunaux de commerce. — Telle est notre profonde conviction. C'est aussi l'opinion de Carré, *Lois de la compétence*, tome 2, page 263, et tome 7, page 13; — E. Vincens, tome 1er, liv. 2, chap. 2, page 74, discute la question dans les deux sens.

13. Maintenant, voyons comment il serait nommé, et quelles qualités devraient réunir les personnes qui en rempliraient les fonctions.

Dans ma pensée, le ministère public serait un délégué du roi, chargé de porter la parole en son nom aux audiences, de requérir, dans l'intérêt de la société, les mesures nécessaires au bon ordre des faillites, et de surveiller l'exécution de la loi relative aux formes essentielles des jugements.

Dès lors, en bonne logique, il faut que la nomination soit faite par le roi.

Il est un autre motif qui nous convie à cette décision. — Si les commerçants étaient appelés à élire le ministère public, leur choix serait empreint du même caractère que celui qu'ils donnent à leurs juges; et à vrai dire, les membres du parquet ne seraient autre chose que des juges consultants : par exemple, ce serait à Paris comme si, au lieu d'élire dix juges et seize suppléants, ils avaient à choisir un vingt-septième juge. — Cela ne peut être : il faut, pour qu'une institution puisse agir sur l'autre et l'éclairer, que les membres du parquet aient une origine différente de celle des magistrats assis.

14. Ce premier point établi, il reste à savoir quelles qualités devraient réunir les officiers du ministère public.

Carré fait, à ce sujet, des observations pleines de justesse : « Si le ministère public était choisi parmi les commerçants, on ne voit pas trop quelle serait son utilité; son principal but étant l'instruction du tribunal sur les règles de droit, il faut nécessairement qu'en cette matière il soit plus éclairé que le tribunal, et il ne le serait pas. — Si on le choisissait parmi les hommes de loi, entièrement étrangers au commerce, il serait à craindre que le tribunal ne vît en lui qu'un régent incommode, et, qu'en définitive, il régnât une sorte d'antipathie entre le ministère public et les juges, antipathie qui offrirait un triste spectacle, et peut être un fâcheux résultat pour la justice.

» Il faudrait donc qu'il fût, à bien dire, commerçant et homme de la loi en même temps; qu'il eût travaillé pendant un certain temps dans le comptoir d'un négociant, qu'il eût suivi un cours de droit commercial, qu'il fût reçu licencié en droit. » (*Lois de l'organ. judiciaire*, tome 7, page 14.)

La double condition que Carré désirerait, dans l'officier du ministère public, me paraît répondre suffisamment aux nécessités de la juridiction commerciale.

15. Le système que je viens de défendre pourrait se résumer en quelques mots. Voici le projet de loi qui pourrait suffire à l'établissement de la nouvelle institution.

ART. 1er.

Le Code de commerce sera rectifié ainsi qu'il suit :

ART. 2.

Art. 624. — Il y aura, près de chaque tribunal de commerce, un procureur du roi nommé par le roi, et qui sera choisi, autant que faire se pourra, parmi les jurisconsultes ayant exercé, ou longtemps étudié les affaires de commerce. Un règlement d'administration publique déterminera, suivant les besoins du service, s'il doit lui être adjoint des substituts, et le nombre de ces auxiliaires.

ART. 3.

Art. 625. — Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes :

1° Celles qui concernent l'ordre public;

2° Les déclinatoires sur incompétence;

3° Les récusations de juges et renvois pour parenté et alliance.

4° Les causes des femmes mariées non marchandes publiques, les mineurs non commerçants, les personnes présumées absentes, et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur;

5° Les récusations d'experts;

6° Les requêtes civiles;

7° Les contraintes par corps;

8° Les faillites;

Aucune transaction sur poursuite de faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée sur les conclusions du ministère public, soit par le tribunal de première instance, soit par le tribunal de commerce. — Quand l'homologation sera poursuivie devant ce dernier tribunal, le procureur du roi pourra faire telles réserves qu'il avisera et qui seront transmises à qui de droit.

Le procureur du roi pourra néanmoins prendre communication de toutes les autres causes dans lesquelles il croira son ministère nécessaire: le tribunal pourra même l'ordonner d'office.

Le procureur du roi usera de son droit de conclusion avec la plus extrême réserve. Ses conclusions seront aussi brèves que le comportera la nature des causes.

ART. 4.

Art. 626. Le procureur du roi surveillera la gestion des syndics des faillites, lesquels lui adresseront leurs rapports. — Il assistera à toutes les assemblées des créanciers, mais sans pouvoir intervenir dans leurs délibérations. — Quand il présumera la fraude, il aura, comme les créanciers et dans les mêmes délais, le droit de former opposition à l'homologation des concordats. — Il mandera devant lui les créanciers, qui se seraient fait souscrire des avantages particuliers, et dont il entendra les explications; — quand il jugera nécessaire de poursuivre lesdits créanciers, ou les faillis, pour banqueroute simple ou frauduleuse, il enverra une commission rogatoire au procureur du roi près le tribunal de première instance, lequel sera obligé d'accomplir les poursuites nécessaires.

ART. 5.

Art. 627. Le procureur du roi fera toutes réquisitions pour le maintien des formes, l'application de la loi et l'exécution des jugements. — Il veillera spécialement à l'exécution des ordonnances royales des 5 novembre 1823, et 10 mars 1825. — Il transmettra au procureur général près de la cour royale dans le ressort de laquelle est situé le tribunal de commerce, les documents qu'il aura recueillis à ce sujet.

ART. 6.

Art. 628. Lorsque, comme il sera ci-dessous prescrit, les juges du tribunal civil exerceront les fonctions de juges de commerce dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunaux de commerce, les règles ci-dessus devront être suivies.

ART. 7.

L'art. 624 du Code de commerce prendra le n° 629; — l'art 625, le n° 630; — et ainsi de suite jusqu'à la fin du Code, en augmentant les articles actuels du Code de cinq numéros.

CHAPITRE II.

Des syndics des faillites.

SOMMAIRE.

1. Discussion au conseil d'État et au tribunat en 1807, sur le projet de constituer des *curateurs aux faillites*, pourvus d'offices légalement reconnus : ce projet repoussé. — Disposition de l'ancien art. 456 du Code de commerce, qui ne permet à personne, si ce n'est aux créanciers, d'être nommé agent de faillite deux fois dans la même année.

2 Discussions nouvelles en 1834, 1835, 1837 et 1838, à l'occasion de la nouvelle loi : modification du titre des *Faillites*. — Disposition de l'art. 462 du Code actuel, qui laisse au tribunal le choix des syndics et qui réforme la règle posée en l'art. 456.

3 et 4. Résumé des discussions et des principes admis à ces deux époques.

5. Questions qui en découlent. — Les tribunaux de commerce peuvent-ils constituer une classe de syndics de faillites?

Cette mesure est-elle convenable et utile?

Peut-on prévenir ou amoindrir les abus qui en résultent?

6. Solution affirmative de la première question.

7. Même solution pour la seconde question.

8. Mesures prises par le tribunal de Paris sur la proposition de Lebobe, pour la répression des abus. — Acte notarié signé par les syndics habituellement désignés par ce tribunal.

9. Ces mesures sont incomplètes. — Soumettre les syndics à des sacrifices pécuniaires et à une responsabilité solidaire est chose injuste, si on ne leur donne pas, en retour, un légitime dédommagement. Il faudrait les admettre à présenter un successeur, sauf au tribunal à retirer cette faculté quand il le jugerait utile. — Les justiciables gagneraient à cette détermination, les syndics étant intéressés à maintenir leur administration dans la ligne d'une sévère probité.

1. Pour apprécier avec exactitude la position des syndics des faillites, il faut rappeler, aux deux époques de la législation, le texte et l'esprit de la loi.

Les rédacteurs du projet de Code de commerce avaient attribué au commissaire du gouvernement (au ministère public) la conservation des droits des créanciers et du débiteur dans les cas de faillite. (Discours préliminaire, Thieriet, *Corps de droit comm.*, page 97). La commission du conseil d'État, dont de Ségur et Cretet étaient les organes, repoussa ce système. Dans le titre 3 de son projet, relatif à l'administration de la faillite, elle proposa la création de *curateurs*, nommés par le tribunal, et auxquels cette administration serait exclusivement confiée. (Art. 17 à 55.) Et, comme elle le disait dans son rapport, cette proposition n'était qu'une ébauche attendant les observations du conseil.

Là, une grave discussion s'établit.—Treilhard s'éleva vivement contre l'instruction projetée : il trouvait injuste et dangereux de dépouiller de l'administration de la faillite, les seuls intéressés, les créanciers, qu'il voulait investir de cette mission.

Bigot-Préameneu, se ralliant en partie à ces idées, repoussait aussi l'innovation proposée, admettait l'administration des créanciers ; mais demandait, avant toutes choses, que le tribunal déléguât un de ses membres, qui, sous le nom de juge-commissaire, surveillerait et dirigerait leurs opérations.

Beugnot et le prince archichancelier opinèrent comme Treilhard.

Jaubert, combinant le projet de la section avec les idées émises par Beugnot, proposa la nomination immédiate d'un juge-commissaire, lequel serait autorisé par le tribunal à désigner un ou plusieurs *séquestres* chargés du recouvrement de l'actif, et de la régie des biens, droits et actions du failli, et en outre des fonctions que le tribunal ou le juge-commissaire croirait devoir leur attribuer, suivant les circonstances.

Après une nouvelle et profonde discussion, le système de la section fut adopté, avec la modification qui vient d'être indiquée : il fut donc arrêté que, dès l'ouverture de la faillite, on nommerait un juge-commissaire et un ou plusieurs agents, chargés provisoirement de l'administration.

Les motifs allégués contre l'institution des curateurs étaient ceux-ci :

1° « Le tribunal ne peut prendre ces sortes de curateurs que parmi les gens d'affaires qui l'entourent : il préférera nécessairement ceux qu'il affectionnera le plus. La curatelle deviendra donc le partage d'un petit nombre. Il s'établira, par le fait, des curateurs en titre d'office aux faillites, et cette fonction sera un état habituel et permanent. » (Treilhard. — Locré, *Esprit du Code de comm.*, sous l'art. 453, tome 5, page 327).

2° « Les curateurs seront nommés par le tribunal : ce n'est point une garantie suffisante. — Avec les meilleures intentions, le tribunal sera borné dans son choix : ce ne sera point un commerçant en activité qui se détournera de ses occupations pour se livrer à de pareils travaux ; le tribunal sera obligé de les prendre dans la classe de purs mercenaires, qui n'auront pas d'autre état, et qui voudront en tirer le meilleur parti possible...... Si la fraude des curateurs est découverte, et s'ils font des fautes graves, quelle sera leur responsabilité? Exiger d'eux des cautionnements, ce serait créer des offices, et les inconvénients en sont trop sensibles. » (Bigot-Préameneu. — Locré, pages 337 et 338.)

3° « Je demande d'abord quels seront ces curateurs? Des hommes salariés pour faire les affaires d'autrui, et un genre d'affaires que l'opinion poursuit sans trop s'en rendre raison, mais enfin qu'elle poursuit ; des hommes que le tribunal de commerce pourra réformer dans la partie la plus sensible, la taxe de leurs honoraires ; des hommes enfin, qui, recevant leur mission comme un de ces hasards heureux qui ne se reproduiront pas toujours, seront portés à en tirer le meilleur parti possible..... Les places de curateurs aux faillites deviendront l'apanage des agréés aux consuls sans causes, des marchands sans crédit, des individus sans considération ; et je crains fort que le titre de curateur aux faillites ne soit bientôt le pendant de celui de curateur aux successions vacantes. » (Beugnot. — Locré, pages 347 et 348.)

4° « Quiconque a lui-même des affaires, ne voudra par les abandonner pour se mêler de celles d'autrui. On repoussera cette curatelle, comme on repousse la tutelle d'un mineur, et par les mêmes motifs : dès lors, la curatelle retombera entre les mains des avoués, des hommes d'affaires : plusieurs d'entre eux s'y voueront exclusivement. Ainsi, comme l'a dit Beugnot, la fonction de curateur aux faillites deviendra une profession. » (Le prince archichancelier. — Locré, page 354.)

Frappé de ces observations, le tribunat, auquel le conseil d'État avait communiqué les résolutions par lui arrêtées, fit les réflexions suivantes :

« Il est important d'imprimer un caractère honorable à la mission des agents destinés à gérer la faillite. On doit souhaiter qu'elle soit habituellement acceptée comme un témoignage de confiance par des commerçants investis de la confiance publique. Au lieu d'obtenir ce résultat, on ouvrirait la porte à des abus déplorables, si elle pouvait devenir un métier pour des gens dont l'existence serait misérablement fondée sur l'exploitation des malheurs du commerce. Cette inquiétude sera dissipée dès qu'on aura prononcé que nul ne pourra être nommé deux fois dans la même année agent de faillite. » (Procès-verbal des sections réunies du tribunat, n° 12, Locré, pages 451 et 452.)

Ce vœu fut entendu, et le corps législatif dé-

créta en ces termes l'art. 456 : « Les agents que nommera le tribunal pourront être choisis parmi les créanciers présumés, ou tous autres qui offriraient le plus de garantie pour la fidélité de leur gestion. *Nul ne pourra être nommé agent deux fois dans la même année, à moins qu'il ne soit créancier.* »

Telle est la première époque de la législation sur le mode de nomination des syndics : le Code de 1807 ne voulait permettre, sous aucun prétexte, que les fonctions devinssent une profession particulière. — C'est le principe, le point de départ.

2. Lorsque les imperfections de la loi des faillites ont été sensibles pour tous les esprits, on s'est occupé des réformes à y introduire, et, dans l'examen auquel le législateur moderne était convié, une sérieuse attention devait présider à l'adoption des règles nouvelles, relatives à l'administration de la faillite. Ici se présente une longue série d'hésitations, dont il faut donner le tableau complet, parce qu'il tend à prouver l'importance de la matière, et à jeter une vive lumière sur l'esprit de la loi.

Le 1er décembre 1834, Persil, garde des sceaux, présenta à la chambre des députés le projet des modifications à apporter à la partie du Code de commerce concernant les faillites. On y lit, art. 462 : « Immédiatement après la déclaration de la faillite, le juge-commissaire présentera au tribunal de commerce l'état des créanciers présumés, dont l'existence lui aura été révélée, soit par le failli, soit par le bilan par lui déposé, soit par les livres du failli, soit par la notoriété publique. — *Sur cet état, le tribunal de commerce nommera deux ou trois syndics provisoires, suivant l'importance de la faillite.* »

Le commentaire naturel de cette disposition se trouve dans l'exposé des motifs. Le ministre, après avoir établi la nécessité de maintenir la ligne de démarcation qui sépare le syndicat provisoire du syndicat définitif, ajoute :

« Mais pourquoi faire précéder ce syndicat d'une autre agence provisoire? Pourquoi ne pas appeler, dès le principe, dans l'administration de la faillite, les créanciers qui sont intéressés à la faire marcher rapidement vers son but, au lieu d'agents étrangers, qui ont, au contraire, intérêt à prolonger leurs fonctions pour en retirer plus d'émoluments?

» Nous vous proposons, messieurs, de supprimer les agents, et de faire nommer immédiatement des syndics provisoires par le tribunal de commerce sur un état de créanciers présumés, présenté par le juge-commissaire, d'après les indications qui lui auront été fournies, soit par le failli, soit par le bilan que celui-ci aura déposé, soit par ses livres, soit enfin par la notoriété publique.

» Ce mode de nomination privera les créanciers du droit qui leur est accordé maintenant de présenter une liste de candidats pour le syndicat provisoire. Mais les créanciers véritables auront à s'applaudir de ce qu'on met un terme aux abus scandaleux qui résultaient de ce pouvoir, abandonné par la loi à quelques porteurs de créances, non encore vérifiées, de circonscrire dans leurs propres choix le choix que doit faire le tribunal. » (Thieriet, *Code des faillites*, pages 79 et 80.)

Le 26 janvier 1835, Renouard, rapporteur de la commission de la chambre des députés, traitait à fond, et en ces termes, les questions soulevées par ce projet de loi :

« Dans le système du Code, deux administrations différentes se succédaient jusqu'à l'époque à laquelle il arrivait, soit que le failli fût replacé par un concordat à la tête de ses affaires, soit que des syndics définitifs fussent chargés du mandat des créanciers pour gérer et liquider l'union. A des agents nommés par le tribunal de commerce succédaient des syndics provisoires, nommés aussi par ce tribunal, mais sur une triple liste de candidats dressée par l'assemblée des créanciers présumés. La gestion des agents était de quinze jours, et pouvait être prolongée de quinze autres jours par le tribunal.

» Le projet du gouvernement propose de remplacer ces deux administrations successives par une seule. Rien de plus frappant, en effet, que l'inconvénient de changer des administrateurs précisément lorsque après quinze jours ou un mois de gestion ils se sont mis au courant des affaires de la faillite. Ce changement, en faveur duquel on n'invoque au fond aucun avantage, n'a été imaginé qu'afin d'échapper à quelques embarras pratiques qu'il n'était pas impossible d'éviter par des expédients plus prompts et plus simples.

» Ces embarras résultent de ce qu'au moment où s'ouvre une faillite, les créanciers peuvent ne pas être connus du tribunal; la plupart peuvent être absents du lieu où la faillite s'ouvre; les créanciers présents peuvent se refuser au fardeau, quelquefois très-lourd, d'une telle administration, surtout s'il faut qu'ils s'en chargent à l'imprévu, du jour au lendemain; ils peuvent enfin ne pas convenir au tribunal.

» Il a paru à votre commission que le projet du gouvernement ne tenait pas assez compte de ces difficultés. Le choix immédiat des syndics provisoires par le tribunal, obligé de les prendre parmi les créanciers présumés, pourra sans doute avoir lieu dans la plupart des cas, puisque les déclarations du failli, son bilan, ses livres, et enfin la notoriété feront dès l'abord connaître les principaux créanciers; on ne peut pas se dissimuler cependant qu'il se présentera des cas où cette obligation ne pourra pas être remplie instantanément. A ces cas, le projet du gouvernement ne pourvoit pas.

» Votre commission a voulu remplir cette lacune. Au lieu de faire nommer immédiatement deux ou trois syndics provisoires, elle a permis de n'en nommer dès l'abord qu'un ou

que deux, en autorisant le tribunal à porter ce nombre jusqu'à trois à toute époque ultérieure.

» *Cette précaution même ne suffira pas toujours, et l'on peut se placer dans l'hypothèse extrême où il n'y aura pas un seul choix convenable à faire actuellement parmi les créanciers présumés. Votre commission a reconnu que, pour ces cas, fussent-ils très-rares, il fallait laisser subsister quelque chose du système du Code sur les agents.* Seulement, elle a pensé que l'on devait n'en avoir qu'un seul, afin de pourvoir aux opérations les plus urgentes; qu'on pouvait le considérer, dès sa nomination, comme un syndic provisoire, et lui en donner le nom et les fonctions; que quinze jours au plus suffiraient à sa gestion, puisqu'elle ne doit durer que pendant le temps nécessaire pour trouver des créanciers qui puissent être syndics. Il ne différera de tout autre syndic provisoire qu'en ce qu'il sera choisi parmi les personnes étrangères à la masse, et ne pourra exercer ses fonctions que quinze jours au plus; et aussi, en ce qu'il pourra, après avoir rendu compte de sa gestion à ses successeurs, en présence du juge-commissaire, recevoir une indemnité.

» *Le mode de nomination autorisé par le Code de commerce a donné lieu aux plus criants abus, et le choix des syndics provisoires a été trop souvent, on ne saurait en disconvenir, une plaie pour les faillites.*

» Les premières assemblées de créanciers sont habituellement peu nombreuses, et principalement envahies par ceux des créanciers qui, soit de connivence avec le failli, soit dans des vues d'intérêt particulier, aspirent au syndicat; les fondés de pouvoirs y abondent, et un même pacte, arrêté à l'avance, dirige la majorité des voix. Quand les choses ont été ainsi concertées, on dresse une liste triple de candidats, de manière à forcer les choix du tribunal; car on sait avec quelle facilité, dans une élection, quelle qu'elle soit, on peut abuser des listes de candidatures, la plus illusoire de toutes les précautions électorales. De là, dans toutes les faillites, ces choix malheureux qui tantôt font peser le fléau des syndicats sur les créanciers, tantôt en accablent le failli. Il y aurait calomnie à ne pas faire des exceptions honorables; mais l'expérience des commerçants et des hommes d'affaires n'hésitera pas à déclarer que les bons syndicats ne sont pas les plus nombreux.

» La nomination directe par les créanciers présumés, plus sincère qu'une nomination sur présentation triple, serait fort dangereuse, et mettrait les absents à la merci des présents. *Nul mode n'offre plus de garanties que la nomination directe par le tribunal* parmi les créanciers présumés, avec possibilité de révocation et de remplacement. Le tribunal de commerce, impartial entre tous les intérêts, sévère sur les conditions de probité, choisira mieux que des créanciers préoccupés de leur position personnelle, et dont les créances d'ailleurs ne sont pas vérifiées encore. Le droit de révocation, confié au tribunal de commerce, sera entre ses mains un pouvoir tutélaire propre à déjouer bien des intrigues, et à prévenir de honteuses et fréquentes spéculations. (Art. 465 et 490.)

» Aucun parent ou allié du failli, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne pourra être nommé syndic provisoire (art. 464). Cette prohibition manquait dans le Code. Il résultait de cette omission que de proches parents, nommés syndics, étaient exposés, soit à favoriser le failli, soit à être soupçonnés de partialité, soupçon qui ôtait du crédit même à leurs actes utiles et sincères. » (Thieriet, pages 110 à 113.)

Ce rapport contient deux observations importantes : 1° il explique l'utilité, la nécessité même dans certains cas, d'admettre des syndics étrangers à la masse; mais il ajoute que c'est là une exception, et que la règle générale, c'est la nomination de créanciers présumés : 2° il justifie l'intervention directe du tribunal, choisissant les syndics sans indication de candidats présentés par les créanciers.

Le projet de loi, modifié d'après ces idées, fut adopté en février 1835, par la chambre des députés.

Le 28 mars, même année, la loi fut présentée à la chambre des pairs, et l'exposé des motifs est muet sur le sujet qui nous occupe. La session des chambres fut close le 4 septembre, sans que la commission de la chambre des pairs eût terminé ses travaux.

26 janvier 1836, deuxième présentation à la chambre des pairs. — Le 10 mai 1836, la commission, dont Tripier était l'organe proposa de revenir au système primitif du gouvernement. Voici ses paroles :

« Les deux modes diffèrent principalement en ce que la seconde nomination se fera, d'après le projet, sans présentation de la part des créanciers. Ce changement est-il légal, est-il prudent? Les syndics sont appelés à gérer les affaires de la masse, dont ils sont les mandataires; les fonctions qui leur sont confiées sont importantes et difficiles. Est-il conforme à l'équité et aux règles du droit que les créanciers soient exclus de tout concours à la nomination de leurs mandataires? Est-il prudent d'exposer le tribunal à supporter seul la responsabilité morale de pareils choix? Si les créanciers n'ont pas confiance dans les individus désignés par le premier jugement, convient-il de les exposer au danger de voir le tribunal leur imposer les mêmes personnes, surtout lorsque l'art. 583 les prive de toute voie d'opposition, d'appel et de recours en cassation contre ces jugements? La majorité de votre commission a pensé que les créanciers devaient participer au choix des seconds syndics provisoires, par la présentation d'une liste de candidats double du nombre des

nominations à faire. Mais, pour prévenir les abus qui se sont manifestés souvent dans la composition de ces listes, soit par la négligence des créanciers qui manquent d'assister à ces assemblées, soit par les manœuvres de quelques-uns d'entre eux, qui préparent les choix dans leur intérêt, votre commission propose d'exiger du juge-commissaire une liste de candidats en nombre égal à celui des syndics à nommer. Les choix seront faits dans l'une et l'autre de ces listes. Cette concurrence mettra les créanciers dans la nécessité de ne présenter que des hommes dignes des suffrages des magistrats. » (Thieret, page 187.)

Ici encore la session des chambres fut close avant la discussion.

Cependant, l'ensemble du projet de loi, qui remontait à 1834, ayant été l'objet de nombreuses critiques, un nouveau projet fut soumis à la chambre des pairs, le 17 janvier 1837, par de Gasparin, ministre de l'intérieur, substituant le garde des sceaux Persil. On trouve, dans l'exposé des motifs, les réflexions suivantes :

« Une autre partie du projet de loi, non moins importante, et sans laquelle une législation sur les faillites demeurerait sans résultats, est celle qui est destinée à régler le choix des administrateurs, la nomination et le remplacement des syndics provisoires. Fallait-il revenir, soit directement, soit indirectement, au système du Code, qui donne aux créanciers présumés le droit de présenter une liste de candidats ? L'expérience a démontré que ces listes de présentation, concertées habituellement dans l'intérêt du failli, dépendent de combinaisons trop faciles à organiser dans une première assemblée, presque inévitablement incomplète, et qui ne se compose que de créanciers non encore vérifiés. Nous avons pensé qu'une première assemblée n'avait point le droit de donner des pouvoirs au nom de la masse, et qu'il était plus sûr de confier ce droit, sans partage, à la puissance publique, tutrice naturelle des intérêts des absents. Suivant ce projet de loi, le tribunal de commerce nommera, sur une seule liste de présentation dressée par le juge-commissaire de la faillite, les syndics provisoires. — Le juge-commissaire pourra, et devra le plus souvent, avant de composer sa liste, consulter les créanciers présents sur les lieux. Mais nous avons pensé qu'admettre ces créanciers à présenter aussi leur liste de candidats, serait faire revivre le principe d'une délégation de pouvoirs que nous avons cru devoir proscrire, à cause de ses abus. — Ce serait aussi manquer de franchise dans le développement d'un système qui doit laisser aux magistrats consulaires toute la liberté, mais, en même temps, toute la responsabilité du choix. » (Thieriet, pages 217 et 218.)

Cette pensée du gouvernement était formulée dans l'art. 462, ainsi conçu : « Par le jugement » qui déclare la faillite, le tribunal de com- » merce nommera un ou plusieurs syndics pro- » visoires.

» Dans le délai de quinzaine, le juge-com- » missaire, après avoir, *s'il le juge convenable*, » convoqué et consulté les créanciers, présen- » tera au tribunal de commerce un état des » créanciers présumés.

» Sur cet état, le tribunal nommera de nou- » veaux syndics provisoires, ou continuera les » premiers dans leurs fonctions : *néanmoins il* » *pourra*, sur le rapport du juge-commissaire, » *choisir les syndics parmi les personnes étran-* » *gères à la masse.* »

La commission de la cour des pairs persistait à exiger le concours des créanciers dans la nomination des syndics. Elle ne voulait pas laisser au juge-commissaire le pouvoir discrétionnaire de consulter ou de ne pas consulter la masse sur l'état des créanciers présumés ; elle exigeait en outre, pour ces créanciers, le droit de présenter sa liste des candidats : comme Tripier était encore le rapporteur de cette commission, et comme son rapport du 13 avril 1837 reproduit les idées par lui émises le 10 mai 1836, nous en résumons la substance sans en transcrire les termes, que l'on retrouvera du reste dans Thieriet, pages 268 à 271.

Le projet de loi reçut la sanction de la chambre des pairs, qui, le 10 mai 1837, l'adopta dans son ensemble.

Le 15 janvier 1838, Barthe, alors garde des sceaux, apporta à la chambre des députés ce projet ainsi adopté. — Au sujet de l'art. 462, il dit :

« L'issue du débat qui a eu lieu devant la chambre des pairs, relativement au mode de nomination des syndics provisoires, a été également favorable au système que la chambre des députés avait adopté. L'expérience vous avait signalé les inconvénients que présentent ces listes de candidats, imposées au tribunal de commerce par une première assemblée presque inévitablement incomplète, formée de créanciers non encore vérifiés, et trop souvent influencés par les menées du failli et de sa famille. Vous aviez pensé que le droit de donner des pouvoirs pour administrer, au nom d'une masse encore inconnue, et qui n'est presque jamais tout entière sur les lieux, ne peut appartenir qu'à la puissance publique, tutrice naturelle des intérêts des absents, c'est-à-dire au tribunal de commerce, libre dans le choix qu'il exerce sur l'état des créanciers présumés, dressé par le juge-commissaire. D'après cet amendement, ajouté au projet primitif, le juge-commissaire *sera tenu* de convoquer préalablement les créanciers, à l'effet de les consulter, tant sur la composition de l'état général, qu'il est chargé de dresser, que sur le choix des syndics à nommer. Ce droit de consultation, accordé aux créanciers, servira à éclairer le tribunal de

commerce, sans jamais l'enchaîner, et ne peut offrir que des avantages. » (Thieriet, page 284.)

Quesnault fut choisi pour rapporteur de la commission nommée par la chambre des députés.

Le 17 mars 1838 il s'exprima en ces termes :

« Le projet de loi a déclaré le failli, à partir du jugement déclaratif de la faillite, dessaisi de l'administration de ses biens. Ce principe salutaire une fois posé, il reste à organiser une autre administration, qui présente à tous les intérêts des garanties suffisantes. La difficulté d'en trouver les éléments a fait naître la pensée de créer une classe nouvelle d'*officiers publics*, sous le titre de curateurs aux faillites. Dans la réalité, a-t-on dit, ce ne sont pas les créanciers du failli, ce ne sont point des négociants qui peuvent donner aux affaires de la faillite un temps et des soins que réclament leurs propres affaires ; si quelques créanciers recherchaient cette mission, il serait à craindre qu'un si grand zèle ne fût inspiré par leur intérêt personnel, en opposition avec l'intérêt de la masse. Mais, habituellement, la nécessité force de confier l'administration de la faillite à des agents qui, n'étant point organisés et soumis à une discipline, ne présentent point une responsabilité suffisante. Ne trouverait-on pas plus de garanties dans des curateurs institués en titre d'office, nommés par l'autorité publique, assujettis à verser un cautionnement, et soumis, comme tous les *officiers ministériels*, à la discipline de leur corps et à la surveillance du ministère public ?

» La majorité de votre commission, messieurs, n'a point accueilli *la proposition de créer une classe nouvelle d'officiers publics* pour l'administration des biens des faillis. Les faillites sont des accidents heureusement assez rares, au moins dans les places de commerce de second ordre. Partout les petites faillites sont, de beaucoup, les plus nombreuses. Ces affaires ne suffiraient point pour occuper, d'une manière assez avantageuse, une classe spéciale d'officiers publics. Une corporation, réduite à trouver un aliment dans ces affaires, qui sont un malheur pour tout le monde, serait environnée de défaveur, et, par suite de cette défaveur, elle ne serait peut-être pas assez honorablement composée. Le moindre inconvénient de cette création serait d'exclure de toutes les faillites une gestion gratuite et de rendre l'administration trop dispendieuse, surtout pour les petites faillites. » (Thieriet, pages 299 et 300.)

Après cet exposé, Quesnault expliquait, comme le garde des sceaux, la disposition de l'art. 462 : il posait en principe que les créanciers ne pouvaient ni nommer les syndics, ni imposer leur choix au tribunal de commerce ; seulement il leur réservait, avec la chambre des pairs et avec le gouvernement, le droit de faire entendre au juge-commissaire leurs observations et leurs vœux. — Les bases de ce rapport reçurent, le 5 avril 1838, l'assentiment de la chambre.

Enfin, le 16 avril 1838, la chambre des pairs fut, pour la dernière fois, saisie du projet. — Dans la séance du 10 mai 1838, Tripier fit son troisième rapport, et comme toutes les questions étaient épuisées, le 14 mai 1838, la chambre vota sans discussion. — Le 28 du même mois, le roi donna la sanction à la loi, qui aujourd'hui a pris place dans le Code :

L'art. 462 est définitivement rédigé de la manière suivante :

« Par le jugement qui déclarera la faillite, le » tribunal de commerce nommera un ou plu- » sieurs syndics provisoires.

» Le juge-commissaire convoquera immédia- » tement les créanciers présumés, à se réunir » dans un délai qui n'excédera pas quinze jours. » Il consultera les créanciers présents à cette » réunion, tant sur la composition de l'état des » créanciers présumés, que sur la nomination » de nouveaux syndics. Il sera dressé procès- » verbal de leurs dires et observations, lequel » sera présenté au tribunal.

» Sur le vu de ce procès-verbal et l'état des » créanciers présumés, et sur le rapport du juge- » commissaire, le tribunal nommera de nou- » veaux syndics, ou continuera les premiers dans » leurs fonctions.

» Les syndics, ainsi institués, sont définitifs : » cependant ils peuvent être remplacés par le » tribunal de commerce, dans le cas et suivant » les formes qui seront déterminés

» Le nombre des syndics pourra être, à toute » époque, porté jusqu'à trois ; *ils pourront être* » *choisis* parmi les personnes étrangères à la » masse, et recevoir, quelle que soit leur qua- » lité, après avoir rendu compte de leur ges- » tion, une indemnité que le tribunal arbitrera, » sur le rapport du juge-commissaire. »

3. Telle est la seconde époque sur la législation concernant le mode de nomination des syndics.

4. Avant de faire connaître les résultats de la loi moderne et l'état actuel des choses, résumons ces documents divers. Il en résulte :

Sous le Code de 1807,

1° Que l'on a repoussé la proposition de constituer une classe particulière d'agents, *appelés curateurs des faillites;*

2° Que l'on a repoussé également le projet tendant à confier exclusivement aux créanciers la nomination des syndics ;

3° Que l'on a aussi rejeté l'amendement tendant à contraindre le tribunal à choisir les syndics parmi les créanciers présumés ;

4° Que l'on a investi le tribunal de commerce de choisir les syndics partout où il le jugera convenable, et même parmi les personnes étrangères à la masse ;

5° Que cependant il a été expressément con-

venu que les fonctions syndicales ne pourraient devenir une profession, et que la loi interdisait même une double nomination dans une seule année.

Sous le Code, tel que l'a fait la loi de 1838,

1° Que le projet primitif de 1834 confiait la nomination au tribunal, lequel choisirait parmi les créanciers présumés, et non ailleurs, sur un état présenté par le juge-commissaire seul;

2° Qu'en 1835, la chambre des députés adoptait le système du gouvernement, mais y ajoutait cette modification importante, que, dans le cas où le tribunal ne pourrait puiser dans l'état des créanciers présumés un choix convenable, ce choix pourrait porter sur des étrangers;

3° Qu'en 1836, la commission de la chambre des pairs croyait légal et prudent d'autoriser les créanciers présumés à présenter une liste de candidats, laquelle concourait avec celle présentée par le juge-commissaire;

4° Qu'en 1837, le gouvernement, repoussant l'intervention directe des créanciers, autorisait, *sans le contraindre*, le juge-commissaire à consulter les créanciers, en dressant sa liste de candidats; que le vœu émis par la chambre des députés était accueilli, et que le tribunal pouvait choisir les syndics parmi les personnes étrangères à la masse;

5° Qu'à la même époque, la commission de la chambre des pairs, tout en laissant au tribunal de commerce l'entière liberté du choix, persistait dans les observations par elle faites l'année précédente, et demandait que le juge-commissaire *fût tenu*, et non-seulement *autorisé à consulter* les créanciers, soit sur l'état présumé de la masse, soit la nomination des syndics.

6° Qu'en 1838, le gouvernement, qui avait obtenu la suppression de la liste de candidats qu'on proposait de permettre aux créanciers de dresser en concurrence de celle du juge-commissaire, consentait à son tour à imposer à ce magistrat l'obligation de consulter les créanciers.

7° Qu'à cette même époque on avait reproduit la proposition de 1807, celle de constituer une classe nouvelle d'officiers publics, auxquels serait exclusivement confiée l'administration des faillites, et que la chambre des députés s'était refusée à cette innovation; que, néanmoins, les chambres ont supprimé cette ancienne disposition de l'art. 456, interdisant à tout individu, si ce n'est aux créanciers, la possibilité d'être nommé deux fois, dans une année, syndic de la faillite; qu'enfin le tribunal, qui doit consulter le juge-commissaire, lequel, à son tour, doit consulter les créanciers, est libre dans son choix, et nomme toute personne digne de sa confiance.

5. Maintenant que la situation est bien éclaircie, voici les questions qu'il reste à examiner :

Alors que le législateur a refusé de charger des officiers ministériels, légalement reconnus et pourvus d'offices, de l'administration des faillites, les tribunaux de commerce ont-ils le droit de constituer auprès d'eux une classe d'agents sans caractère officiel, et auxquels ils confient cette administration?

S'ils ont ce droit, cette mesure est-elle convenable et utile?

Existe-t-il des moyens pour prévenir ou pour amoindrir les abus qui peuvent en résulter?

6. Et, d'abord, sur la première question :

Le législateur de 1807, lorsqu'il refusait de créer les curateurs aux faillites, disait, en même temps, que nul ne pourrait être nommé agent deux fois dans la même année. — Par là, non-seulement il repoussait l'établissement légal d'agents pourvus de titres d'offices, mais encore il défendait virtuellement aux tribunaux de commerce de s'attacher, par mesure intérieure, des mandataires habituellement investis d'un pareil mandat.

Le législateur de 1838, lorsqu'il a supprimé la disposition de l'art. 456, et lorsqu'il a permis la nomination de personnes étrangères à la masse, est entré dans une voie opposée. — D'un côté, il ne peut exister, il est vrai, *des officiers ministériels*, appelés curateurs des faillites; mais, de l'autre, les tribunaux de commerce ont la plus entière liberté dans le choix de leurs agents; ils ont la faculté de les prendre partout où ils en trouvent de probes et d'éclairés : en nommant les mêmes individus deux fois dans la même année, en leur accordant une indemnité, ils usent d'un droit que leur donne la loi nouvelle.

Or, c'est précisément parce que cette latitude est laissée aux tribunaux, parce qu'ils n'ont de compte à rendre à personne du mode de nomination par eux employé ou de la manière dont ils l'exercent, qu'il est évident que ces tribunaux *peuvent*, sans violer, ni même sans fausser la loi, prendre les mesures suivantes : Charger, par des délibérations de famille, plusieurs de ses membres de s'enquérir de la capacité et de la moralité de certains individus sollicitant leurs suffrages; — dresser une liste de ceux sur lesquels les renseignements sont de nature satisfaisante; — convenir que les syndicats des faillites leur seront confiés; — soumettre ces agents à certaines précautions ayant pour but de régler les conditions imposées par le tribunal qui confère le mandat, acceptées par le mandataire qui reçoit cette délégation.

7. La convenance et l'utilité de cette mesure (c'est la deuxième question par nous posée) ne peuvent être appréciées sans une distinction préliminaire. — Il est impossible ici de généraliser et de suivre une loi uniforme.

Dans les places de commerce de second ordre, là où les faillites sont de rares accidents, les tribunaux n'ont pas besoin de recourir à une

classe particulière d'agents ; les agréés, qui postulent devant eux, suffisent, et au delà, pour mener à bonnes fins les opérations de la faillite. — D'ailleurs, la rareté même de ces accidents, et leur peu d'importance, indique qu'ils ne sauraient occuper d'une manière assez avantageuse des personnes qui fonderaient sur eux leur unique profession. — Dès lors, dans ces localités, l'institution serait inutile, sinon dangereuse.

Mais, dans les grands centres de population, où le commerce, à raison même de son immense développement, subit de nombreuses et graves catastrophes, les choses prennent un autre aspect. — Là les agréés sont trop occupés par leurs propres fonctions, pour en distraire le temps nécessaire à toutes les opérations de la faillite. Il ne reste donc que trois partis : — choisir pour syndics des créanciers ; — des personnes prises dans toutes les professions ; — on seulement sur une liste spécialement composée par les divers tribunaux.

Un mot sur chacune de ces hypothèses.

La nomination des créanciers serait la pire des combinaisons.

Un commerçant est présumé connaître les pratiques du commerce ; mais, étranger à la science du droit, il ignore presque toujours les prescriptions de la loi. Or, comme les faillites sont entourées de formes nombreuses, compliquées de détails difficiles, un commerçant est en général un mauvais syndic. — Plus une faillite marche avec rapidité, et moins elle est chargée de frais et onéreuse pour les créanciers. Or, comme les transactions commerciales absorbent beaucoup de temps et de soins, un commerçant, obligé de surveiller ses propres affaires, serait encore, et par cela seul, un mauvais syndic. — Enfin, cette tendance des créanciers à obtenir du failli des avantages particuliers est devenue si générale, si funeste, que la loi nouvelle a mis ces tentatives au rang des délits. Or le créancier syndic intimiderait le failli et sa famille, et arracherait à leur faiblesse ces avantages réprouvés. — Sous ce dernier rapport, ce ne serait plus un syndic incapable; ce serait un syndic dangereux que celui qui cumulerait les deux qualités.

Prendre les syndics au hasard et dans toutes les professions, ce serait encore s'exposer à bien des mécomptes : alors que des épreuves préliminaires n'ont pas été subies, combien on en trouverait qui seraient dépourvus d'intelligence, de zèle, de probité? — D'ailleurs, ces agents temporaires, inconnus du tribunal, ignorant ses usages, échappant à sa surveillance, ne présenteraient aucune de ces garanties que commandent les intérêts de la masse.

Reste la confection d'une liste spéciale de candidats aux fonctions de syndics. — Si dans les petites localités, le syndicat ne peut offrir un aliment convenable à une profession exclusive, malheureusement dans les lieux où le commerce existe sur une grande échelle, les faillites sont fréquentes et roulent sur des sommes considérables. Il en résulte que des syndics, honorablement doués, peuvent y gagner légitimement un suffisant salaire.

On rencontre dans le rapport fait par Quesnault en 1838, à la chambre des députés, une réflexion empruntée à la discussion de 1807. Cette réflexion, qui, par l'emphase des mots, frappe d'abord l'imagination, n'est point en réalité de nature à faire une impression sur un esprit réfléchi. Que dit-on? « *Une corporation,* » réduite à trouver un aliment dans ces affaires, » qui sont un malheur pour tout le monde, se» rait environnée de défaveur, et, par suite de » cette défaveur, elle ne serait peut-être pas » assez honorablement composée. » Cette appréciation n'est point exacte. En premier lieu, si l'estime publique s'attache surtout à certaines professions, elle ne manque pas non plus à ceux qui, dans une sphère moins élevée, ont une conduite irréprochable. *C'est l'homme qui fait la place, et non la place qui fait l'homme.* — En second lieu, il ne faut pas voir les choses sous un seul aspect, car les institutions les plus respectables seraient flétries en quelque sorte. Ne pourrait-on dire, avec ce système, que le militaire reçoit une solde pour tuer son semblable; que le magistrat, que l'avocat, vivent des procès, qui sont une plaie sociale? Non, la mission des syndics n'est pas aussi fâcheuse qu'on l'a pensé : elle a quelque chose d'intéressant au point de vue de l'ordre public et des besoins du commerce. Celui qui rend les catastrophes commerciales moins funestes, qui restitue au commerçant malheureux, mais honnête, sa liberté d'action, celui-là n'est pas indigne de la considération de ses concitoyens, et la profession qu'il exerce est loin d'être vouée à la défaveur.

8 Maintenant, il me reste à résoudre la troisième question que je me suis proposée : *Existe-t-il des moyens pour prévenir ou pour amoindrir les abus qui peuvent résulter de la création, par les tribunaux, d'agents spéciaux pour les faillites?*

Voyons ce qui se passe à Paris.

Je ne suis pas de ceux qui, lorsqu'ils veulent une institution, n'en aperçoivent que les avantages, et ferment les yeux sur ses inconvénients. C'est seulement après avoir balancé les uns et les autres que je me forme une opinion.

Il faut bien le reconnaître, malgré le soin extrême avec lequel le tribunal confectionne sa liste des syndics, quoiqu'elle soit revue toutes les années, quoiqu'elle soit composée d'agents connus des magistrats, malgré l'active surveillance des juges-commissaires, des abus se sont introduits : ils ont été si notoires, que le président du tribunal, Lebobe, les signalait en ces termes :

« Les syndics des faillites sont des auxiliaires

de la magistrature consulaire; ils tiennent leur qualité de la loi et leurs pouvoirs du tribunal.

» Ils sont chargés d'intérêts très-graves, pour la direction et la surveillance desquels il faut de l'habitude, des connaissances spéciales, une activité persévérante et une probité non contestée.

» La première condition des syndics pour remplir dignement le but de la loi, c'est d'être environnés de la confiance publique et de la considération des juges.

» Dans la situation des choses, on ne peut se dissimuler que les syndics, en général, sont en état de suspicion publique; qu'ils sont considérés soit comme les agents d'affaires, soit comme les défenseurs officieux des faillis.

» On les accuse, à tort sans doute, de spéculer sur les faillites, et de les éterniser; d'en dissimuler ou de ne pas en rechercher les causes; de manœuvrer pour obtenir des concordats moyennant le plus petit dividende possible.

» MM. les juges-commissaires sont accablés d'incidents qui les obligent à de nombreux rapports, à une surveillance continuelle; et, malgré leur zèle et leurs lumières, on leur laisse ignorer souvent la cause réelle, la situation véritable et les ressources des faillis.

» L'intérêt des justiciables est le principe qui entretient notre commune émulation, c'est le but de tous nos désirs. En dehors de ce tribunal, on ne sait pas assez quel est l'admirable dévouement de tous ses membres; et, sans nous mêler aux reproches généraux adressés aux syndics, on nous accuse de tolérer des abus qu'on ne précise pas, mais qui frappent nos agents d'une fâcheuse déconsidération.

» C'est un mal, messieurs, et un très-grand mal, auquel vous ne sauriez trop tôt remédier; car, même dans l'esprit de beaucoup de gens, il pourrait un jour porter atteinte à la dignité du tribunal. Selon moi, voilà l'état des faits; il faut les aborder courageusement.

» . . . .

» N'est-il pas affligeant de voir que, depuis deux ans, les concordats ne donnent plus, en moyenne, que 12 à 13 pour cent environ.

» Depuis trois ans, le passif des faillites s'est élevé à 161 millions, savoir :

En 1839	73 millions,
En 1840	50 millions,
En 1841	38 millions.

» Malgré les désastres de 1839, qui sont les plus grands que le commerce ait éprouvés depuis la publication du Code, les dividendes de cette même année ont produit 22 pour cent.

» Ceux de 1840 n'ont produit que 15 pour cent, et ceux de 1841 que 14!

» Si l'on a laissé détourner 15 pour cent sur l'actif des faillites, c'est une somme de 13 millions que le commerce de Paris pouvait ne pas perdre depuis deux ans.

» Mettons un terme à ces désastres, si nous le pouvons, messieurs. Et en supposant que nous n'y parvenions pas, nous aurons au moins rempli notre devoir en l'essayant, et le commerce nous saura gré de notre tentative. » (Discours prononcé en août 1843.)

Ces abus, si courageusement signalés, si vivement décrits, sont-ils un motif suffisant pour détruire l'institution? Nous avons démontré qu'avec un système contraire, on faisait surgir un mal bien plus considérable. Dès lors, ces abus devaient déterminer le tribunal à tarir la source du mal, à réglementer l'institution et à la renfermer dans des limites plus étroites.

Lebobe l'a senti à merveille. Voici comment il exposait la réforme par lui longtemps méditée :

« Y a-t-il moyen d'avoir raison de tout cela? Je le crois. Voilà ce que je propose :

» Réduire les syndics au nombre strictement nécessaire pour l'administration des faillites; les soumettre à un règlement très-sévère, dont les conditions principales seraient de leur interdire d'accepter des pouvoirs pour délibérer dans les réunions des créanciers; de leur défendre expressément d'être conseils des faillis; d'imposer ni d'accepter d'autres honoraires que ceux fixés par les juges; de ne s'occuper d'autres affaires que de celles résultant de leur syndicat; de les assujettir à un cautionnement; de les rendre solidairement responsables jusqu'à concurrence de ce cautionnement; de les contraindre à avoir auprès d'eux des teneurs de livres, pour vérifier et établir les écritures des faillis, afin de connaître la cause réelle et la situation exacte des faillites; de leur imposer enfin toutes les conditions que vous jugerez nécessaires pour que le but de la loi soit honorablement atteint.

» De deux choses l'une : la mesure que je propose aura de bons ou de mauvais résultats : il ne nous coûte rien de la mettre en pratique. Dans le premier cas, nous la maintiendrons; dans le second, je serais le premier à demander qu'elle fût rapportée. »

Enfin, Lebobe, défendant sa pensée contre les attaques prématurées, s'exprimait ainsi :

« Je n'entrevois qu'une seule objection : on craint de créer un privilége de fait en faveur des syndics.

» Ne nous arrêtons pas au mot, et voyons la chose froidement.

» Qu'est-ce qu'un privilége qu'un souffle peut renverser; que la seule volonté d'un tribunal fait et défait à son gré? Rien, absolument rien.

» Est-ce que dans l'état actuel des choses, les syndics ne jouissent pas de ce privilége qu'on redoute? Allez-vous les prendre ailleurs que dans la liste arrêtée par vous? Non. Ce que je propose de réaliser existe donc en fait. J'y ajoute seulement des garanties réelles, par une solidarité qui n'existe pas aujourd'hui, et par un

cautionnement qui rassurera le tribunal et les justiciables contre des négligences et des fautes tant reprochées.

» N'est-il pas évident que des syndics, honorablement rétribués, et qui seront exposés à l'action d'une responsabilité sérieuse, seront plus exacts et plus diligents? C'est une position acquise qu'ils auront intérêt à conserver, et la responsabilité solidaire les réhabilitera immédiatement dans l'opinion publique. Ce sera déjà un bien immense.

» En réalité, si la constitution que je propose dégénérait en abus et se transformait en privilége, ce ne serait pas par le fait des syndics, mais seulement par la volonté exclusive du tribunal.

» La constitution est donc bonne en elle-même. Si on la repoussait, ce serait uniquement parce que nos successeurs pourraient la rendre mauvaise en permettant la transmission des cabinets : ne craignez pas qu'il en soit ainsi. Nos successeurs ne voudront pas plus que nous constituer des priviléges réprouvés par nos mœurs; et d'ailleurs à chacun la responsabilité de ses œuvres. Il ne faudrait pas nous dispenser de faire le bien aujourd'hui, quand même nos successeurs devraient le détruire demain. Il nous suffira de stipuler que jamais, et par aucune considération, le tribunal ne devra permettre la vente des cabinets.

» Cette organisation nouvelle aura encore un avantage : elle servira d'émulation à vos arbitres rapporteurs, dans les rangs desquels vous recruterez vos syndics. Vous aurez donc perfectionné deux choses à la fois, et qui ont grand besoin de l'être.

» N'est-ce rien, messieurs, que d'appeler la considération publique sur des hommes qui n'en jouissent pas et qui sont réputés en possession de votre confiance et de votre estime? N'est-ce rien que d'avoir des écritures apurées qui vous feront remonter aux causes de toutes les faillites, et qui vous en feront connaître les véritables ressources?

» Je ne sais quel sort est réservé à ma proposition ; mais j'affirme à tous mes collègues que jamais je n'ai cru plus fermement à l'utilité d'une mesure, et je me croirais très-honoré d'avoir marqué mon passage à la présidence par cette organisation nouvelle, que m'ont inspirée l'amour de mes devoirs, l'intérêt des justiciables et la considération due à chacun des membres du tribunal. »

Le tribunal a adopté ces idées, qui ont été sur-le-champ réalisées; trente-cinq des syndics admis par le tribunal se sont retirés devant un notaire, et là, les 28 juin et 10 juillet 1843, ils ont passé un acte par lequel ils s'obligent :

1° A n'accepter aucun pouvoir dans les faillites dont ils seraient syndics;

2° A ne faire aucune convocation de créanciers pour arriver à un arrangement amiable; à ne s'immiscer dans aucune opération comme conseil officieux d'un failli ;

3° A ne déposer aucun bilan ;

4° A ne devenir cessionnaires, directement ni indirectement, d'aucune créance et droit litigieux ;

5° A ne recevoir, sous quelque forme que ce soit, d'autre rémunération que celle qui sera accordée par le tribunal. (Art. 14.)

Chacun d'eux fournit un cautionnement solidaire de 6,000 fr., destiné à répondre de la fidélité et de l'activité de leur gestion. (Art. 2 et 3.)

Ils s'engagent à faire vérifier les écritures des faillis par les teneurs de livres spéciaux désignés par la chambre de discipline qu'ils organisent. (Art. 13.)

Ils exercent les uns sur les autres une surveillance active et sévère. (Préambule.)

Ils répartissent par égales portions les indemnités que leur sont allouées par le tribunal. (Art. 12.)

Enfin, pour éviter toute fausse interprétation, ils déclarent qu'ils se réunissent spontanément; qu'il demeure bien arrêté qu'ils n'entendent point considérer les fonctions de syndic que le tribunal pouvait leur conférer, comme une charge dont la transmission leur serait permise, et s'attribuer un titre dont ils puissent se prévaloir vis-à-vis du public. (Art. 14.)

9. Telle est la réforme accomplie par le tribunal de commerce de Paris; et, si nous sommes bien instruit, elle avait en quelques mois produit les plus heureux résultats. Les faillites marchaient avec plus de célérité; — les faillis reprochables étaient plus exactement poursuivis; — une sensible progression se manifestait dans la moyenne des dividendes; — les syndics, exclusivement voués à leur mission, n'étaient plus les complaisants de ceux dont ils doivent contrôler la carrière commerciale; — enfin le tribunal n'avait pas été saisi d'une plainte véritablement sérieuse.

Malheureusement, la position faite aux syndics n'était pas assez équitablement faite. Que leur donnait-on en échange de cette solidarité à laquelle on les soumet, de ce cautionnement auquel on les assujettit? Des avantages si minimes et si douteux que le découragement s'est emparé d'eux, et qu'ils ont fait entendre de respectueuses mais énergiques réclamations. Aussi l'œuvre du tribunal, qui semblait devoir être féconde, périclite et n'est plus sévèrement exécutée.

Nous croyons que le tribunal s'est trop vite arrêté dans la voie des améliorations : prévenir le mal par l'intimidation, c'était chose nécessaire; mais le tribunal pourrait compléter sa pensée et amener le bien par d'utiles concessions.

Que le législateur n'ait pas voulu reconnaître des curateurs officiels, tenant leurs pouvoirs de

la loi elle-même, nous le comprenons à merveille; c'eût été, en effet, enchaîner le tribunal, circonscrire son choix, lui imposer les agents qui relèvent de lui et l'obliger souvent à une désignation à laquelle il répugne ; mais interdire au tribunal le droit de placer à côté de lui, et sous sa main, des personnes dont il réclame le concours, et à l'aide desquelles il accomplit la partie la plus périlleuse de sa tâche, ce serait méconnaître le bon ordre de la justice et les besoins du commerce. Le législateur n'en a point ainsi disposé.

Or le tribunal, pour éviter de punir, se montre rigoureux. — Il assujettit les syndics à une effrayante solidarité; — il prescrit des sacrifices pécuniaires : — il est souverainement équitable qu'il récompense par de légitimes dédommagements.

Puisque le tribunal ne rend compte à personne de la manière dont il nomme les syndics, pourquoi leur refuserait-il l'autorisation de présenter un successeur à son agrément? Ces épreuves, qui précèdent l'admission des syndics au tableau, se feraient à l'encontre du successeur avec une plus grande facilité. L'autorité, qui peut révoquer comme elle a pu choisir, serait toujours maîtresse de réviser sa liste et de retirer sa confiance.

Et ici nous verrions pour les justiciables un véritable avantage à constituer aux syndics une propriété, non pas légale, mais essentiellement précaire et gracieuse. Pour donner à cette propriété une certaine valeur, pour ne pas être privés de la possibilité de présenter leur successeur, les syndics seraient intéressés à maintenir intacte et pure, à l'abri de toute suspicion, la carrière qu'ils tiendraient du bon vouloir des magistrats. Ils seraient zélés, probes, modérés dans l'appréciation de leurs émoluments, quand ils sauraient que tout n'est pas fini avec eux. Une profession n'est jamais mieux respectée que lorsqu'elle est bien assise. Si, au contraire, il ne reste rien au syndic de la carrière qu'il a consciencieusement parcourue, il s'efforcera, dans les derniers temps de son exercice, d'en extraire le plus grand bénéfice possible ; il pressurera les faillis et dépouillera la masse. Que craindrait-il en effet d'une destitution, lui qui va renoncer à ses ingrates fonctions?

Que le tribunal ne recule pas devant la pensée de céder un privilége! Aujourd'hui, on creuse au fond des choses sans s'arrêter à leur surface. Si ce privilége était utile, il faudrait l'admettre comme tant d'autres; d'ailleurs, à cette objection, nous répondrions en terminant avec les paroles de Lebobe :

« Qu'est-ce qu'un privilége qu'un souffle peut » renverser, que la seule volonté d'un tribunal » fait et défait à son gré? Rien, absolument rien. » Est-ce que dans l'état actuel des choses, vos » syndics ne jouissent pas de ce privilége qu'on » redoute? Allez-vous les prendre ailleurs » que dans la liste arrêtée par vous? Non. — » Ce que je propose de réaliser existe donc » en fait. J'y ajoute seulement des garanties » réelles. »

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA COMPÉTENCE

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE [1].

LIVRE PREMIER.

Des commerçants.

SOMMAIRE.

1. Le premier soin du législateur du Code de commerce a été et devait être de déterminer quels individus sont commerçants.
2. La nécessité de cette définition est vivement sentie quand on considère les effets de la qualité de commerçants. — Citation de Bravard-Veyrières.
3. Disposition de l'art. 1er du Code. — Trois conditions sont nécessaires, d'après cet article, à celui qui veut être commerçant : leur indication. — Arrêt de la cour de Bordeaux.
4. Cependant l'habitude et la succession des actes de commerce n'est pas toujours nécessaire pour que la qualité de commerçant soit acquise. — Exemples : opinion des auteurs.
5. Distinction importante entre le commerçant qualifié et l'individu qui fait accidentellement un acte de commerce.
6. Sous l'ancienne législation, l'inscription des commerçants sur un registre spécial ne permettait pas de contestations sur la question de savoir si un individu était ou n'était pas commerçant. — Aujourd'hui, cette qualité, résultant uniquement des faits, est plus difficile à constater.
7. Vocabulaire des diverses classes de commerçants.
8. Tous les commerçants sont égaux devant la loi.

1. Les personnes que leur profession rend étrangères au commerce, se livrent rarement à ses difficiles opérations. Pour en comprendre les détails, pour en saisir, pour en maîtriser les chances, il faut un coup d'œil rapide et sûr que peuvent seules donner une aptitude naturelle et une constante pratique.

Néanmoins, on voit de simples particuliers s'aventurer dans des transactions qu'il appartient au législateur de partager ou de punir : mais avant de tracer les règles applicables à ces exceptions, la loi commerciale devait logiquement s'occuper de ceux qui font de ces transactions leur vie de tous les instants : aussi, comme premier principe, la voyons-nous déclarer quels individus appartiennent à la nombreuse famille des commerçants.

2. Comme le dit Bravard-Veyrières, *Manuel du droit commercial*, page 15, pour sentir combien il importe de distinguer les personnes commerçantes de celles qui ne le sont pas, il suffit de considérer les conséquences de la qualité de commerçant. — Cette qualité, en effet, oblige à la tenue des livres, à la publication du contrat de mariage et des jugements de séparation de corps et de biens ; elle soumet à la contrainte par corps et à la juridiction commerciale, elle rend susceptible de faillite ou de banqueroute, etc., etc. ; elle confère aussi des prérogatives, comme de nommer les membres des tribunaux de commerce, et d'être appelé soi-même à en faire partie.

3. « Sont commerçants, dit l'art. 1er du Code, » ceux qui exercent des actes de commerce et » en font leur profession habituelle [2]. »

La première observation que nous inspire

[1] La juridiction des tribunaux de commerce s'étend sur les commerçants et sur les actes de commerce. — Pour connaître avec exactitude les bornes de la compétence de ces tribunaux, pour définir la nature de leur juridiction, il était indispensable de traiter avec soin des personnes ou des actes qui appartiennent au commerce. — C'est le but des deux premiers livres de cette partie.

[2] *En Espagne, en Portugal, dans le royaume de Vur-*

cette disposition est grave : le concours de trois conditions est nécessaire pour imprimer la qualité de commerçant : il faut, 1° *l'exercice des actes de commerce ;* 2° *l'habitude ;* 3° *la profession* de leur exercice.

Un acte de commerce isolé, ou même des actes de commerce plus ou moins fréquents, mais éloignés les uns des autres, mais produits par des circonstances particulières, ne suffiraient pas pour constituer la qualité de commerçant. — Cette qualité ne sera, pour nous servir des expressions de la loi, le résultat que *d'une profession habituelle.* Ainsi, l'individu qui fonde son avenir sur de semblables opérations ; celui qui, sans relâche, s'expose à leurs chances diverses ; celui, en un mot, pour qui faire des actes de commerce est devenu une *habitude*, celui-là seul doit être réputé commerçant, et cette qualité lui est échue alors même qu'il ferait partie d'une corporation, ou qu'il exercerait une fonction incompatible avec le négoce. Cette règle a été consacrée par un grand nombre d'arrêts, parmi lesquels nous indiquerons le plus récent, celui de la cour de Bordeaux, du 30 avril 1840. (S.-V., 40, 2, 429.)

4. Il peut cependant, à nos yeux, exister des commerçants là où cette habitude n'aurait pas encore eu le temps de se manifester. — Suivant nous, par le *titre* d'une profession, les conséquences qui en découlent résultent d'un *seul acte* de cette profession, alors au contraire que *la succession des actes* sera nécessaire à celui qui doit acquérir cette profession, cette qualité, non par un titre, mais par un exercice habituel.

Ainsi, tandis que le simple particulier ne deviendra commerçant qu'au moyen d'opérations incessantes, celui qui portera le titre de commerçant, qui s'en attribuera la qualité, jouira de ses priviléges, sera soumis à ses devoirs, par l'accomplissement d'un seul acte de sa profession.

Par exemple, un individu crée une société en commandite par actions et en accepte la gérance ; ou bien, il établi une manufacture dans laquelle il fabrique des produits qu'il se dispose à livrer à la circulation ; ou bien encore, il ouvre des magasins dans lesquels il doit vendre en détail, et qu'il remplit de marchandises : cet individu se munit d'une patente ; il annonce, au moyen d'affiches ou de publications dans les journaux, qu'il commence ses opérations ; il avertit les tiers, qui ont foi dans ces actes extérieurs : cet individu doit être réputé commerçant, quoique le temps ou l'occasion lui aient manqué pour accomplir un certain nombre d'actes de commerce et pour témoigner de sa profession habituelle. — Celui-là ne serait pas admis à dire qu'il a fait un acte de commerce isolé, car il se serait attribué publiquement une profession que, publiquement aussi, il aurait commencé à suivre [1].

5. Cette importante distinction, entre les commerçants et ceux qui font accidentellement une opération commerciale, nous inspire une deuxième réflexion, qui n'est pas sans intérêt. — Autre chose est d'être commerçant, autre chose est d'être momentanément distrait de ses juges ordinaires.

Le commerçant, par le seul effet de sa qualité, devient de droit soumis au jugement de ses pairs, et contraignable par corps : cette juridiction particulière, ce mode rigoureux d'exécution sont la règle générale de ses transactions, et, pour se soustraire à leur empire, il faut qu'il justifie d'une situation faisant exception à la règle générale. — De plus, sa profession elle-même lui impose des devoirs qu'il est dangereux pour lui d'oublier, et dont l'omission peut constituer un délit.

Au contraire, l'individu qui ne doit répondre que d'opérations isolées, est bien, par un accident de son existence, soumis à la juridiction commerciale ; mais il n'est point tenu d'accomplir ces devoirs, d'obéir à ces obligations imposées au commerçant, et que nous ferons connaître tout à l'heure. Les résultats de son affaire étant obtenus, il redevient ce qu'il était auparavant, étranger aux lois du commerce et à sa juridiction particulière.

6. Lorsqu'un débiteur ne paye pas, il se trouve naturellement exposé à des poursuites : afin de se provoquer sa mise en faillite, ses créanciers articulent qu'il est commerçant, et l'assignent, en cette qualité devant le tribunal de commerce. — C'est leur droit : à lui, dans ce cas, le droit de contester cette qualité qu'on lui attribue. — Souvent, au contraire, le débiteur, pour se mettre à l'abri de poursuites rigoureuses, veut user du bénéfice de la loi et s'affranchir, par la faillite, de la contrainte par corps. — Il appartient alors aux créanciers de le dépouiller de cette qualité de négociant, de lui disputer la protection qu'elle donne, et d'empêcher une usurpation contraire à leurs intérêts.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, une semblable discussion aurait souffert peu de difficultés : il existait, en effet, dans les villes de maîtrises, un registre sur lequel se trouvaient inscrits les noms de tous les commerçants. — Avant d'obtenir un brevet de maître, l'aspirant subissait des examens, et, quand il sortait avec honneur de ces épreuves, son nom prenait

temberg, en Hongrie, les commerçants sont tenus de se faire inscrire sur un registre à ce destiné. — *En Prusse*, celui qui veut se livrer au commerce doit en demander la permission au magistrat. (Antoine de Saint-Joseph, *Concordance des Codes étrangers avec le Code de commerce français*, sur l'art. 1er, pages 1 et suiv.)

[1] Pardessus, n° 78 ; — Orillard, n° 143.

place à côté de celui des autres commerçants. (Ordonnance de 1673, titre Ier, art. 3 et 4.) — Aujourd'hui, il n'existe plus de semblables moyens de vérification ; la question de savoir si un individu est ou non commerçant ne soulève qu'un débat de fait, car le droit est hors de toute contestation, mais cette question se trouve hérissée de difficultés. — Pour la résoudre, les tribunaux interrogent la nature des opérations qui furent la source des créances : ils s'enquièrent des circonstances qui les ont amenées; ils recherchent si elles ont eu ce caractère de fréquence exigé par la loi ; ils examinent la qualité dont le débiteur lui-même se couvrait : ils demandent aux témoignages des tiers les renseignements que les titres ne sauraient fournir, et, quand tous ces éléments sont réunis dans leurs mains, ils restituent aux actes leur caractère réel, ils attribuent au débiteur sa véritable qualité. — Si, dans leur appréciation, ils commettent une erreur, leur décision, susceptible d'appel, ne saurait être réformée par la cour de cassation, instituée seulement pour veiller à la saine application de la loi.

7. Ici, et pour empêcher toute équivoque dans les détails que nous allons rapidement parcourir, il n'est pas sans utilité de rappeler les diverses classes dont se compose le commerce, et les noms qu'on leur donne dans la pratique.

Les mots *commerçants*, *négociants*, *marchands*, sont employés souvent dans un sens générique, et embrassent l'universalité de ceux qui se livrent habituellement à des opérations réputées actes de commerce : dans la loi elle-même, une semblable confusion se retrouve maintes fois : cependant, le mot *commerçant* est le plus fréquemment employé dans ce sens. — Pris dans son acception restreinte, il s'applique spécialement à ceux qui achètent les *denrées* et les revendent en gros.

Les *négociants* sont ceux qui, pour leur compte ou par commission, achètent et vendent aussi en gros, non-seulement les denrées, mais encore les produits manufacturés et toutes sortes de marchandises [1].

Les *marchands*, eux, vendent en détail ces mêmes objets. On leur donnait autrefois le nom de *marchands grossiers* ou *magasiniers*. — On appelle *marchands forains* ceux qui fréquentent les foires et marchés, ceux qui se transportent hors de leur domicile pour écouler leurs marchandises. En Angleterre, les commerçants les plus éminents n'ont pas d'autre qualification que celle de marchand (*merchant*).

La classe des *fabricants* comprend non-seulement ceux qui revendent, sous une autre forme, la matière qu'ils ont achetée et fait travailler, mais encore les *artisans* qui fabriquent eux-mêmes et pour leur propre compte.

Le *boutiquier* est un marchand qui, d'ordinaire, achète de la première main les marchandises dont il fait son commerce, et qu'il vend ensuite dans sa boutique, ou dans son magasin, soit en gros, soit en détail.

Le *détaillant* achète de seconde, de troisième et souvent de quatrième main, diverses marchandises qu'il vend ensuite au peuple dans le plus grand détail.

Le nom de *banquiers* est dévolu à ceux qui font le commerce des lettres de change, des effets de commerce en général, des matières d'or et d'argent, des payements à domicile, des opérations de crédit. — Aujourd'hui presque tous les banquiers s'occupent aussi des opérations sur les fonds publics et de la négociation des emprunts. — Certains banquiers agissent pour le compte d'autrui : ils perçoivent une commission, 1/4, 1/3 ou 1/2 p. 0/0, pour la peine qu'ils ont de faire accepter pour leurs correspondants les lettres de change, pour en procurer le payement à l'échéance et en faire des remises de leur valeur aux lieux qui leur soit indiqués.—Ceux-là sont des *banquiers commissionaires*.

Les *assureurs* garantissent, moyennant une prime, les risques si fréquents dans le commerce maritime.

Les *agents de change* sont des intermédiaires chargés de vendre ou d'acheter pour le compte d'autrui, les fonds publics ou les actions industrielles cotées en bourse.

Les *courtiers* ont de semblables attributions en ce qui touche les marchandises.

Les *agents d'affaires* sont des mandataires gérant les affaires d'autrui, et faisant en cela des actes de commerce, alors même que, relativement à leurs commettants, ces affaires ne sont pas commerciales.

8. Du reste, qu'on ne l'oublie pas, toutes ces expressions comportent les mêmes droits, soumettent aux mêmes devoirs : — le marchand comme le banquier, le manufacturier comme le négociant, l'agent de change comme le détaillant, sont égaux devant la loi commerciale, et tous ceux qui, sous un nom et sous une forme quelconque, font leur profession habituelle d'exercer des actes de commerce, sont protégés ou atteints par ses dispositions.

(1) Avis du conseil d'État du 3 sept. 1817.

CHAPITRE PREMIER.

A qui le commerce est permis ou interdit.

SOMMAIRE.

1. Sous l'ancienne monarchie, le droit de faire le commerce était un monopole. — Loi du 2-17 mars 1791. — Citation de Blanqui aîné.
2. Liberté pour tous, c'est la règle générale. — Des exceptions sont apportées à cette règle dans l'intérêt général de la société, dans l'intérêt particulier de certains individus, dans l'intérêt du commerce. — Exemples de chacune de ces exceptions.
3. Le commerce est une chose difficile. — Citation de Ricard. — Qualités morales que doivent avoir ceux qui veulent se livrer aux opérations commerciales.

1. Sous l'ancienne monarchie, la faculté de faire le commerce appartenait à quelques privilégiés, dont le monopole, onéreux à l'État, était une violation flagrante du droit le plus sacré de chaque citoyen [1]. Quand l'assemblée nationale porta sur les abus sa main réformatrice, elle abolit les jurandes et maîtrises, et proclama dans les termes les plus nobles la liberté complète du commerce.

Voici comment Blanqui aîné s'exprime au sujet de ce grand acte :

« L'abolition des corporations fut une grande et belle mesure ; mais combien le mérite en fut rehaussé par les termes de ce préambule mémorable, le plus noble peut-être que l'administration eût jamais emprunté à la science!

« Dieu, en donnant à l'homme des besoins, » disait le préambule, en lui rendant nécessaire » la ressource du travail, a fait du droit de tra- » vailler la propriété de tout homme, et cette » propriété est la première, la plus sacrée et la » plus imprescriptible de toutes. — Nous vou- » lons, en conséquence, abroger ces institutions » arbitraires, qui ne permettent pas à l'indigent » de vivre de son travail ; qui éteignent l'ému- » lation et l'industrie, et rendent inutiles les » talents de ceux que les circonstances excluent » de l'entrée d'une communauté ; qui surchar- » gent l'industrie d'un impôt énorme, onéreux » aux sujets, sans aucun fruit pour l'État ; qui, » enfin, par la facilité qu'elles donnent aux » communautés de se liguer entre elles, de for- » cer les membres les plus pauvres de subir la » loi des plus riches, deviennent un instrument » de monopole, et favorisent des manœuvres » dont l'effet est de hausser au-dessus de leurs » proportions naturelles les denrées les plus né- » cessaires à la subsistance du peuple. »

» Tout le reste est écrit de ce style imposant et sévère, qui ne faisait grâce à aucun abus et qui les stigmatisait tous à la face des hommes, étonnés de la longue oppression de leurs pères et de l'absurdité de tant de vexations inutiles. » (*Histoire de l'Économie politique en Europe*, tome II, chap. 33, pages 119 et 120.)

Puis, à la suite de cet exposé, si ferme et si simple, l'art. 7 de la loi du 2-17 mars 1791 déclara que :

« A partir du 1er avril 1791, il serait libre à » toute personne de faire tel négoce, ou d'exer- » cer telle profession, art ou métier, qu'elle » trouverait bon : mais qu'elle serait tenue de » se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le » prix suivant les taux ci-après déterminés, et » de se conformer aux règlements de police qui » sont ou pourront être faits. »

2. Ainsi, liberté pour tous, voilà la règle. En thèse générale, tous ceux qui sont capables de s'engager ont le droit de faire des actes de commerce et d'acquérir par leur exercice habituel la qualité de commerçant.

A côté de ce principe, il est des exceptions fondées sur l'intérêt général, sur l'intérêt particulier de certains individus, ou sur l'intérêt du commerce lui-même.

Sur *l'intérêt général :* ainsi la sûreté publique exigeait que le gouvernement surveillât spécialement la fabrication des poudres et salpêtres ; pour éviter des fraudes si faciles, il était utile de confier aussi à l'État le monopole des tabacs, des cartes à jouer ; afin de placer le transport des dépêches à l'abri des chances commerciales, il était indispensable de conférer encore à l'administration le privilège exclusif des postes ; — *l'intérêt général* veut encore que certaines industries soient soumises à des règlements de police : tels sont les ateliers insalubres, la vente

[1] Le mot *commerce* vient de *commutatio mercium*. (Sigis. Scaccia, *Tractatus de commerciis*, § 1er, quest. 1re, page 2.)

des matières médicales, la boulangerie, la boucherie, etc., etc.

Les restrictions apportées au principe dans *l'intérêt particulier* de certains individus, concernent les mineurs, les interdits, les femmes mariées.

Celles qui ont pour but de veiller *aux intérêts du commerce lui-même*, s'appuient sur l'incompatibilité de certaines professions, et sur l'avantage que donneraient à quelques individus les renseignements découlant de leur situation personnelle. Dans les trois sections suivantes, nous allons rapidement traiter de ces prohibitions.

3. Mais avant de quitter ces généralités, qu'il nous soit permis de dire à ceux qui veulent entreprendre le commerce, quelle opinion nous nous sommes faite des nécessités auxquels ils auront à répondre, et des principes qui doivent les guider.

Si tous les citoyens sont égaux devant la loi, si chacun d'eux est libre de choisir une profession, on ne saurait apporter dans ce choix trop de soins et d'études. Dans l'impatience de faire prompte fortune, combien de gens s'aventurent dans le commerce, sans en avoir appris les premières règles, à plus forte raison les secrets, sans s'être demandé à eux-mêmes s'ils ont les qualités nécessaires pour espérer d'y réussir.

Et qu'on le sache bien, c'est une science véritable, une science difficile, que la science du commerce! Ainsi le dit Ricard (*Traité du Commerce*, tome II, page 440), lorsqu'il rapporte le fait suivant : « Un négociant respectable d'Amsterdam, qui, en mourant, tout récemment, a laissé à ses héritiers une fortune brillante, fortune qu'il devait à son habileté et à un travail assidu pendant une longue suite d'années, disait : qu'il apprenait tous les jours quelque chose de nouveau, et qu'il avançait toujours de quelques pas dans la science du commerce. »

Pour faire un bon commerçant, il est nécessaire, avant toutes choses, de bien connaître les usages adoptés dans les principales nations commerçantes, et de veiller à n'être pas victime de sa bonne foi, alors que l'on traite souvent avec des personnes connues seulement de nom et de réputation, mais avec lesquelles on n'a pu avoir des fréquentations personnelles.

Ces conditions premières, que l'on peut acquérir, seraient insuffisantes si le commerçant ne trouvait dans son caractère et dans ses goûts une aptitude naturelle.—Ainsi il est deux espèces d'hommes de caractères essentiellement opposés, auxquels le commerce doit tôt ou tard devenir funeste.

Les premiers, faciles et confiants, se livrent, se précipitent hardiment dans les entreprises qui offrent la moindre perspective de succès : apercevant le but à travers le prisme de leurs illusions, ils ne peuvent soupçonner dans autrui la volonté de profiter de leur entraînement ; ils ne connaissent le péril de leur situation que quand il n'est plus temps d'y porter remède. Pourvoir à l'affaire du moment, sans se préoccuper de l'avenir, c'est leur pensée unique; et puis, lorsqu'une nouvelle crise se manifeste, elle les trouve sans énergie : leur courage a été épuisé dans leurs luttes passées, et ils tombent, alors qu'ils pouvaient se sauver.

Les autres, au contraire, apportent dans leurs opérations un esprit de méfiance, de soupçon et de cupidité aussi nuisible à leurs intérêts qu'un trop grand abandon. — Dans tous leurs correspondants, ils voient un ennemi toujours prêt à les tromper; tourmentés par la crainte d'un revers, ou follement enivrés par le gain réalisé, ils laissent échapper les plus brillantes occasions. Dévorées d'une soif insatiable de richesses, tyrannisées par la peur, ces victimes de la cupidité supportent péniblement une vie agitée par tant de douloureuses émotions.

Si donc notre parole avait quelque autorité, si l'observation de fréquents exemples avait pu nous inspirer quelque expérience, nous dirions à celui qui est disposé à suivre la carrière du commerce : Avant de tenter les hasards de la vie commerciale, faites un retour sur vous-même : demandez-vous si, dans un moment de crise, vous saurez conserver le sang-froid nécessaire : évitez une confiance excessive, mais aussi défendez-vous d'un soupçon perpétuel ; préférez un bénéfice certain, quelque modique qu'il soit, à un bénéfice plus grand, mais que vous achèteriez par des périls et des tourments. Et puis, si vous sentez en vous-même le germe de ces rares qualités, développez-le par un travail incessant : apprenez à connaître ceux avec lesquels vous êtes appelé à traiter; soyez esclave de votre parole, exact dans vos engagements, et, dominant les mauvaises chances, vous serez ainsi maître de l'avenir.

PREMIÈRE SECTION.

Des mineurs.

SOMMAIRE.

1. L'ancienne législation reconnaissait aux mineurs la faculté de faire le commerce.
2. La position des mineurs doit être envisagée dans ses rapports avec les lois civiles et commerciales. — Division de cette section.

1. L'ancien droit autorisait les mineurs émancipés à faire le commerce. — De même que les gentilshommes de dix-huit ans étaient investis du pouvoir de vendre et hypothéquer leurs héritages, pour acheter, des armes et aller en guerre au service du roi, de même on tenait pour certain que les mineurs émancipés, âgés de dix-huit ans, jouissaient également du droit de convertir leurs héritages en marchandises. — A raison de leur train et trafic des marchandises, ils étaient justiciables de la juridiction consulaire et même contraignables par corps.

2. Leur position doit être envisagée ici dans ses rapports avec les lois civiles et commerciales. — Nous devons expliquer la possibilité qu'ont les mineurs de faire le commerce, les conditions nécessaires pour atteindre ce but, et les obligations qui en sont la conséquence.

§ Ier.

De la possibilité pour le mineur de faire le commerce.

SOMMAIRE.

Le mineur peut, contrairement au droit civil, faire des actes de commerce et devenir commerçant.

Suivant les prescriptions du droit civil, les mineurs sont frappés de l'incapacité de s'engager : ce n'est point ici le lieu de rappeler les principes ordinaires qui concernent leurs actes; nous devons au contraire exposer dans quel cas, et sous quelles conditions, la loi commerciale, dérogeant à ces principes, donne au mineur le pouvoir, qu'il n'avait pas, de contracter des obligations valables.

§ II.

Des conditions nécessaires au mineur qui veut faire le commerce.

SOMMAIRE.

1. Disposition de l'art. 2 du Code de commerce. — Examen des quatre conditions nécessaires au mineur qui veut faire des actes de commerce : 1° émancipation ; 2° âge ; 3° autorisation ; 4° publication de l'autorisation.
2. Le mineur qui déclare faussement qu'il est émancipé est-il valablement engagé envers les tiers? — Solution négative.—Dissentiment avec Pardessus.—Arrêt de la cour de cass. du 2 décembre 1826.
3. L'autorisation donnée au mineur ne peut être révoquée.—Dans tous les cas, et dans le système contraire, cette révocation devrait être publiée. — Pour arrêter le mineur lancé dans une mauvaise voie et incapable de diriger son commerce, il faudrait le faire rentrer en tutelle.

1. L'art. 2 du Code de comm. dit : « Tout » mineur émancipé, de l'un et de l'autre sexe, » âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra » profiter de la faculté que lui accorde l'ar- » ticle 487 du Code civil, de faire le commerce, » ne pourra en commencer les opérations, ni » être réputé majeur, quant aux engagements par » lui contractés pour faits de commerce : — 1° S'il » n'a été probablement autorisé par son père, » ou par sa mère en cas de décès, interdiction » ou absence du père, ou, à défaut du père et » de la mère, par une délibération du conseil » de famille, homologuée par le tribunal civil. » — 2° Si, en outre, l'acte d'autorisation n'a » été enregistré et affiché au tribunal de com- » merce du lieu où le mineur veut établir son » domicile. »

On le voit, le mineur ne peut, en ce qui touche le commerce, être relevé de son incapacité générale de contracter, qu'à la charge de réunir quatre conditions dont le concours est indispensable.

Il doit être :

1° Émancipé ;

2° Agé de dix-huit ans ;

3° Pourvu de l'autorisation des personnes ayant pouvoir de la donner ;

4° L'autorisation doit être portée à la connaissance des tiers avec lesquels le mineur est probablement appelé à traiter.

Examinons séparément chacune de ces conditions.

1° *Émancipation.* — La loi n'exige pas que le mineur ait été spécialement émancipé en vue du commerce qu'il projette : par conséquent, le mariage, emportant de droit émancipation, satisferait à cette exigence de la loi.

2° *Age.* — A partir de quinze ans, le mineur peut être émancipé ; mais le commerce est chose si importante, ses résultats sont si graves, il a une action si directe sur la fortune, l'avenir, la liberté, que le législateur a voulu que, malgré l'émancipation, le mineur eût atteint dix-huit ans accomplis.

En déterminant cette limite, le législateur moderne a même été plus loin que l'ordonnance de 1673. — Suivant son article, et dans les villes de maîtrises, le mineur ne pouvait obtenir son brevet et être réputé majeur pour le fait du commerce dont il se mêlait, qu'après avoir atteint vingt ans révolus.

3° *Autorisation.* — Lorsque le conseil d'État fut appelé à discuter l'art. 2 du Code de comm., de bons esprits furent effrayés de la latitude que l'on allait accorder au mineur. De l'incapacité, dont le frappe la loi civile, à la faculté que lui accorde la loi commerciale, la distance est si grande, en effet !

Toutefois, comme l'art. 487 du Code contenait déjà le principe ; comme le mineur devait être pourvu de l'autorisation de personnes prudentes ; comme enfin un semblable état de choses existait depuis longtemps et sans graves dangers, la disposition de l'art. 2 trouva place dans le Code.

Il ne faut pas confondre l'autorisation spéciale de faire le commerce, avec l'émancipation générale, admise par le droit civil. — Autre chose est administrer son patrimoine, autre chose suivre les opérations si difficiles et si compliquées du négoce. C'est donc avec sagesse que l'on a exigé que l'autorisation spéciale vînt ajouter aux garanties que peut offrir une émancipation.

Comme il faut que cette autorisation soit connue des tiers; elle ne saurait résulter d'un consentement tacite, ni d'un acte sous seing privé. — Il nous semble qu'elle doit être donnée, soit par acte public, soit devant le juge de paix, soit au greffe du tribunal de commerce.

Enfin, l'autorisation doit être expresse, et ne peut s'induire de consentements ayant certains rapports avec elle. Ainsi la cour de Bourges a jugé, le 26 janvier 1828, que l'accomplissement de cette formalité ne saurait être remplacé par une délibération du conseil de famille autorisant la vente des immeubles du mineur, pour faire honneur à ses engagements commerciaux et pour donner de l'extension à son commerce [1].

4° *Enregistrement de l'autorisation.* — Elle doit être faite, sur un registre à ce destiné, au greffe du tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile ; si dans ce lieu il n'existait pas de tribunal de commerce, ce serait au greffe du tribunal civil que cet enregistrement devrait avoir lieu. (Art. 640, Code de comm.)

2. *Le mineur qui a obtenu l'autorisation de faire le commerce, et qui l'a publiée conformément à la loi, est-il valablement engagé, si, en réalité, n'étant pas émancipé, il a pourtant faussement énoncé dans l'acte d'autorisation que cette émancipation a eu lieu ?*

Pardessus (*Cours de droit comm.*, n° 58) est d'avis de l'affirmative, « *parce que*, dit-il, *comme » c'est l'autorisation seule qui doit être affichée, il » y aurait un véritable dol, ou du moins un » quasi-délit de la part du mineur.* » Nous ne saurions partager l'opinion du savant professeur, et voici nos raisons :

La règle générale, celle qui domine l'état du mineur, c'est qu'il ne peut contracter, à sa charge, d'engagements valables. Si la loi apporte une exception à ce principe d'ordre public, c'est sous la foi de conditions qu'elle a soin d'énumérer. Ainsi l'art. 487, Code civ., nous dit : « Le mineur *émancipé*, qui fait un commerce, » est réputé majeur pour les faits de ce com- » merce ; » d'où la conséquence naturelle que celui *qui n'est pas émancipé*, restant sous l'empire de son incapacité générale, n'est pas réputé

[1] *Voy.* Orillard, n° 163.

majeur. — Puis, l'art. 2 du Code de comm. n'ajoute-t-il pas : « Tout mineur *émancipé*, qui » voudra profiter, etc. ? » d'où la conséquence que le droit d'être réputé majeur pour fait de commerce n'appartiendra qu'à celui qui pourra profiter de la disposition de l'art. 487, c'est-à-dire qu'à celui qui sera émancipé.

Qu'importe maintenant que la mention faite par le mineur qu'il est émancipé soit fausse, qu'elle ait été conçue dans une pensée de dol et de tromperie ? Cette énonciation mensongère ne lui donne pas la capacité que la loi lui refusait. Et, qu'on le remarque, sur quoi donc est fondé ce refus de la loi? Sur un motif qui touche à l'intérêt, à la tranquillité des familles, sur la jeunesse du mineur, sur son défaut de discernement. Ne pourrait-on répondre au tiers, qui se plaindrait de la fraude dont il fut victime : Ce jeune homme, avec lequel vous avez traité, est sans doute coupable, mais il n'a pu apprécier les conséquences de la déclaration qu'il faisait ; c'était à vous de vous enquérir, et de savoir si toutes les formalités avaient été remplies?

Sans doute, il est fâcheux que l'acte d'émancipation ne soit pas public ;—que la loi n'exige pas cette formalité;—que les tiers ne soient pas avertis ; — mais cette imperfection de la loi ne saurait, encore une fois, investir le mineur d'une condition rigoureusement exigée par le législateur.

Une question analogue à cette difficulté a été soumise à la cour de cassation, qui a consacré la doctrine que nous défendons ici [1]. Un mineur émancipé, mais non pourvu d'une autorisation, avait fait sans succès des actes de commerce ; traduit devant la cour d'assises de la Seine, pour banqueroute frauduleuse et simple, il soutint que, n'ayant pas rempli toutes les formalités de l'art. 2 du Code de comm., il ne pouvait être réputé commerçant; que ceux-là qui étaient aptes à faire le commerce pouvaient seuls être passibles des peines portées contre les banqueroutiers. Condamné par la cour d'assises, il s'est pourvu ; et la cour suprême, par arrêt du 2 décembre 1826, a admis le pourvoi en rendant l'arrêt suivant :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 2, Code comm., « tout mineur émancipé, de l'un et de » l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui » voudra profiter de la faculté que lui accorde » l'art. 487, Cod. civ., de faire le commerce, ne » pourra en commencer les opérations, ni être » réputé majeur, quant aux engagements par » lui contractés pour faits de commerce, 1° s'il » n'a pas été préalablement autorisé par son » père, ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père » et de la mère, par une délibération du conseil » de famille, homologuée par le tribunal civil ; » 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été » enregistré et affiché au tribunal de commerce » du lieu où le mineur veut établir son domicile ; »

» Attendu que Louis-Marie Fremeaux a déposé au greffe de la cour un extrait légalisé de son acte de naissance, duquel il résulte qu'il n'était majeur ni à l'époque où il a commencé des opérations de commerce, ni à celle du 25 juillet 1825, fixée par la question et par la déclaration du jury pour la cessation de ses payements ; qu'en exécution de l'arrêt interlocutoire, rendu par la cour le 24 novembre dernier, le demandeur a également déposé au greffe de la cour un certificat du greffier du tribunal de commerce du département de la Seine, constatant qu'en ce qui concerne Louis-Marie Fremeaux, demeurant à Paris, passage Aubert (domicile ou résidence donnée au demandeur dans l'instruction du procès), il n'a été déposé, affiché ni enregistré au greffe dudit tribunal de commerce aucun acte d'autorisation exigé par l'art. 2, Code de comm., pour que le mineur émancipé, âgé de dix-huit ans, puisse faire le commerce ;

» Que cependant le demandeur, Louis-Marie Fremeaux, ayant entrepris des opérations de commerce, et ayant cessé ses payements, a été poursuivi et traduit à la cour d'assises du département de la Seine, comme accusé de banqueroute frauduleuse, et subsidiairement de banqueroute simple; que le jury l'ayant déclaré non coupable de banqueroute frauduleuse, mais coupable de banqueroute simple, pour les causes exprimées dans la question, la cour d'assises, nonobstant l'exception ci-dessus exposée, tirée des dispositions de l'art. 2, Code de comm., et présentée par son défenseur, l'a condamné aux peines correctionnelles de la banqueroute simple, par application de l'art. 587, Code de comm., et de la deuxième partie de l'article 402, Code pénal, etc., par le motif que l'art. 2, Code de comm., n'est applicable qu'aux intérêts civils et nullement à l'action publique, et que la minorité de Fremeaux, âgé de plus de seize ans, et l'absence de l'autorisation de son père pour exercer le commerce, ne peuvent le soustraire aux conséquences de cette action.

» Attendu que la banqueroute frauduleuse ou simple est un crime ou délit spécial que ne peut être commis que par des personnes commerçantes, et qu'il est tout à fait distinct des autres crimes ou délits prévus par le Code pénal et que peuvent commettre avec une entière

[1] Sous l'ordonnance de 1673, on décidait dans le même sens une question qui a de l'analogie avec celle que nous traitons. On lit dans Bogue : « Mineur, qui s'est dit majeur, est cependant reçu au bénéfice de restitution en entier. — Arrêt du 15 février 1763 » (Tome 1er, chap. 25, pages 241 et 242.)

culpabilité et un plein discernement les individus ayant l'âge de seize ans; que cette spécialité résulte des termes mêmes de l'art. 402, Code de comm. : « Ceux qui, *dans les cas prévus par » le Code de commerce*, seront déclarés coupables » de banqueroute, etc. »

» Que les peines sévères, prononcées par le Code pénal contre les banqueroutiers, sont une garantie particulière accordée à l'intérêt du commerce, mais ne sont pas applicables à ceux auxquels la loi en interdit l'exercice, ou ne le permet que sous des conditions par elle fixées;

» Que c'est aux individus qui font avec un mineur des opérations de commerce à s'assurer préalablement s'il est habile à les faire, d'après la disposition des lois civiles et commerciales, et que leur négligence à cet égard, qu'ils ne doivent imputer qu'à eux-mêmes, ne peut exciter en leur faveur l'action de la vindicte publique contre un mineur, qui ne peut être classé parmi les commerçants que dans certains cas et sous des conditions absolues et dirimantes ;

» D'où il suit qu'en prononçant contre le demandeur les peines correctionnelles de la banqueroute simple, la cour d'assises a fait une fausse application de l'art. 587 Code de comm., de l'art. 102 Code pénal, et commis une violation expresse de l'art. 2 Code de comm., et par suite de l'art. 364 Code de comm. ;

» Casse.. Et attendu qu'il n'y a dans l'espèce ni crime ni délit, qu'il n'y a point de partie civile, déclare qu'il n'y a lieu à aucun renvoi et ordonne la mise en liberté [1]. »

Il faut donc tenir pour constant, toutes les fois que les conditions ne seront pas réunies, quand le mineur, ou ne sera émancipé, ou n'aura pas dix-huit ans, ou ne sera pas pourvu de l'autorisation, ou enfin n'aura pas fait enregistrer et publier cette autorisation, que les déclarations du mineur ne sauraient changer en capacité l'incapacité légale à laquelle il est soumis.

3. Afin que les droits des tiers ne soient pas méconnus, il nous semble juste de décider que l'autorisation donnée au mineur de faire le commerce, ne saurait être isolément retirée : la fraude, en effet, serait trop facile si un autre système était adopté : d'accord avec ses parents, le mineur ferait révoquer l'autorisation et cependant, profitant de l'ignorance où serait le public de cette révocation, il continuerait des opérations dont les tiers seraient victimes.

Néanmoins, on a pu se tromper lorsqu'on a supposé au mineur une aptitude qui lui manquait : par ses fautes répétées, il compromet sa fortune et son avenir; faut-il l'abandonner à sa propre faiblesse? Non sans doute, et l'abus qu'il fait de la liberté, dont il était peu digne, est un motif suffisant pour le faire rentrer en tutelle. (Art. 485 Code civil.) En lui retirant le bénéfice de l'émancipation, on lui enlève aussi une des conditions prescrites par l'art. 2, et on le rend à son incapacité primitive.

De cette manière, on concilie les droits des tiers et les intérêts du mineur : si, d'une part, ce dernier est mis à l'abri des erreurs où l'entraînait sa jeunesse, d'autre part, l'intervention des magistrats, nécessaire au retrait de l'émancipation, est une garantie que la fraude n'est pas possible.

Dans tous les cas, la révocation des pouvoirs attribués au mineur doit être rendue publique, avec le même soin que l'autorisation à lui donnée, et le jugement qui prononce cette révocation devra ordonner les mesures nécessaires à ce sujet.

§ III.

Des effets des obligations souscrites par le mineur commerçant.

SOMMAIRE.

1. Le mineur commerçant est réputé majeur pour les faits de son commerce.
2. Le mineur ne jouit de cette faculté que pour les actes relatifs à son commerce.
3. Le mineur commerçant n'engage pas ceux qui lui ont donné l'autorisation.
4. Le mineur peut être autorisé non-seulement à devenir commerçant, mais encore à faire un acte de commerce isolé. — Toutes les règles ci-dessus doivent être appliquées à cet acte.
5. Ces règles s'appliquent aux mineurs des deux sexes.

1. Les conditions de la loi énumérées, voyons à présent quels actes leur accomplissement autorise le mineur à faire.

Le mineur émancipé purement et simplement ne peut s'obliger au delà de ses revenus, et alors même que ses actes ont un caractère commercial, ils dégénèrent toujours en engagements civils.

Le mineur commerçant est nanti de pouvoirs

[1] (S.-V., 27, 1, 206.) *Voy.* Orillard, n° 162.

bien plus étendus : il est réputé majeur pour les faits de son commerce ; par conséquent il jouit, quant à ce commerce, de l'exercice complet des droits civils. Il peut ester en justice sans l'assistance de son tuteur ; il a le pouvoir de transiger, de compromettre, de donner des cautionnements, d'hypothéquer ses immeubles, et même d'aliéner sa liberté en souscrivant de ces obligations commerciales qui, par leur nature même, entraînent la contrainte par corps.

Cependant l'art. 6 du Code de comm. ne l'autorise à vendre ses immeubles qu'à la charge de suivre les formalités prescrites par les articles 467 et suivants du Code civil.

2. Hâtons-nous de le remarquer, tous ces actes, qui sont un accident à cette époque de la vie de mineur, ne lui sont permis que lorsqu'ils ont un rapport direct au commerce pour lequel ils furent autorisés. — S'ils étaient faits en dehors de ce commerce et pour des opérations étrangères, le mineur ne serait plus, dans ce cas, réputé majeur ; comme tout autre mineur, il pourrait invoquer l'action en nullité ou en rescision : c'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts du parlement, rapportés par Jousse ; et ces arrêts doivent aujourd'hui même avoir toute autorité, car en cela les principes n'ont pas varié.

3. En général, lorsque l'on contracte, on n'engage que soi, à moins que l'on n'ait agi pour le compte d'autrui, et en vertu d'un mandat : en autorisant le mineur à faire le commerce, ses père et mère, ou le conseil de famille, lui donnent le pouvoir de s'obliger personnellement ; mais les conséquences de ses opérations ne sauraient retomber sur eux.

Quoiqu'il ne puisse s'élever aucun doute à ce sujet, il n'était pas inutile d'en faire l'observation.

4. Non-seulement le mineur peut être autorisé à faire un commerce, c'est-à-dire à devenir commerçant, mais il peut aussi, conformément à l'art. 3, recevoir la faculté de se livrer à un ou à plusieurs actes de commerce isolés et déterminés.

Dans ce cas, tout ce que nous venons de dire s'applique à lui, en ce qui touche l'acte ou les actes de commerce auxquels il lui a été permis légalement de procéder.

5. Ces dispositions de la loi se rapportent également aux mineurs des deux sexes, et régissent par conséquent les veuves ou les filles. — Nous allons voir, dans la section suivante, les principes relatifs aux femmes mariées.

DEUXIÈME SECTION.

Des femmes mariées.

SOMMAIRE.

1. Anciennement, la faculté de commerçant était accordée aux femmes. — Citation des établissements de saint Louis, d'après Ducange. — Arrêts du parlement.
2. Sous le droit actuel, les femmes ont la même faculté.

1. Un ancien auteur, Chopin, disait que : « le fait des femmes est seulement de garder la » maison, d'élever leurs enfants, et de filer, ou » travailler au tricot. » Cependant chez presque tous les peuples et dans tous les temps, il a été permis aux femmes de faire le commerce. — Suivant même Hérodote, en Égypte, les femmes seules se livraient aux opérations du négoce, pendant que leurs maris fabriquaient les étoffes, toiles et autres marchandises. — A Rome, la faculté de commercer était accordée aux femmes.

En France aussi, et dans les temps les plus reculés, les femmes étaient autorisées à devenir marchandes publiques : à raison de cette profession, elles pouvaient être traduites devant les juges, condamnées par corps, et elles avaient même le droit d'ester en justice sans le consentement de leurs maris. — C'est ce qui résulte des établissements de saint Louis, rapportés par Ducange, au chap. 145. — Voici les termes de cette disposition : « Nule fame n'a réponse en » cour laie, puisqu'ele a seigneur, si ce n'est du » fet de son corps. Mais qui l'aurait batûe ou dit » folie, ou autre déloiauté, en tele manière ele » a réponse sans son seigneur ; *ou si ele était* » *marchande, ele aurait bien la réponse des* » *choses que ele aurait baillées de sa marchandise,* » *et autrement non.* »

Depuis lors plusieurs arrêts du parlement, notamment ceux des 20 avril 1573, mars 1580, et 23 février 1644, rapportés par Mareschal, avaient confirmé cette règle.

2. Aujourd'hui, sous l'empire de nos lois modernes, la position des femmes mariées doit être examinée sous un triple rapport. — Elles ont la faculté de devenir marchandes publiques. — Pour cela, elles doivent remplir des conditions préalables. — Quels sont les effets de leurs obligations?

§ Ier.

La femme mariée peut jouir de la faculté de devenir marchande publique.

SOMMAIRE.

Incapacité de la femme selon le droit civil. — L'incapacité de la femme peut être levée en faveur du commerce.

Dans le système de la loi civile, la femme mariée ne peut contracter aucun engagement sans l'autorisation formelle de son mari. Cette règle est tellement absolue, qu'une autorisation générale de s'obliger ne serait pas considérée comme suffisante, et que la femme aurait le droit de quereller les actes qu'elle aurait faits, en vertu d'une semble autorisation. — Son mari ou ses héritiers auraient également ce droit.

Il y a plus, les tiers qui, de bonne foi, auraient fait des opérations avec elle, ne seraient même pas admis à démontrer que le résultat de ces opérations a tourné à son profit.

L'intérêt qui s'attache au commerce est si grand, que le législateur, permettant au mari d'aliéner une partie de la puissance maritale, a fait exception à ces principes d'ordre public et a autorisé la femme à devenir marchande publique, à s'engager personnellement, et quelquefois même à engager son mari.

§ II.

Conditions nécessaires à la femme mariée qui veut devenir marchande publique.

SOMMAIRE.

1. Différence entre le mineur et la femme mariée. — Au mineur il faut une autorisation authentique, affichée et enregistrée ; à la femme, le consentement du mari suffit. — Ce consentement peut même être tacite. — Jurisprudence et opinion des auteurs.
2. Motifs de cette différence.
3. Le consentement du mari est nécessaire, quel que soit le régime adopté par les époux.
4. Le mari peut-il révoquer le consentement qu'il avait donné? — Solution affirmative. — Opinions conformes de Pardessus et Locré.
5. La femme peut-elle attaquer devant les tribunaux la révocation faite, par le mari, de son consentement? — Solution négative. — Jugement remarquable du tribunal de commerce de la Seine.
6. Le mari, pour que les tiers ne soient pas trompés, doit rendre publique la révocation de son consentement. — Opinions de Bravard-Veyrières, de Rogue et de Denizart.
7. Conséquence de la minorité dans ses rapports avec la femme mariée.
Si la femme est mineure, le consentement du mari ne suffit pas pour qu'elle puisse faire le commerce; il faut, en outre, remplir les formalités prescrites pour les mineurs. — Jurisprudence et opinion des auteurs.
Si la femme est majeure et le mari mineur, le consentement du mari n'est pas valable : citation du *Praticien des consuls*. — Les parents du mari sont également sans pouvoirs pour donner à la femme un consentement utile. — Les tribunaux sont aussi sans attributions à ce sujet. — Dissentiment avec Pardessus et Duranton. — La conséquence à tirer de ces solutions, c'est que la femme ne pourra, dans cette hypothèse, faire le commerce. — Opinions conformes de Delamarre, Lepoitevin et Bravard-Veyrières.
8. Il faut que la femme fasse un commerce *séparé* de celui de son mari. — Arrêt de la cour de Paris.
9. Communauté entre les époux. — Explication de ces mots *commerce séparé*. — Citation de Rogue.

1. Il existe entre le mineur et la femme mariée, qui veulent faire le commerce, une différence qu'il faut signaler dès l'abord : au mineur, obligation de justifier d'une autorisation authentique, affichée et enregistrée au tribunal de commerce ; à la femme mariée, nécessité d'obtenir

l'assentiment de son mari, mais non pas obligation pour elle de rapporter une autorisation écrite et rendue publique. L'art. 4 du Code de comm. ne lui demande que le *consentement* de son mari. — Ce consentement peut résulter des circonstances. — Ainsi, qu'elle se livre à des opérations commerciales, notoirement au vu et su de son mari, en vertu d'une approbation tacite de sa part, elle aura pleinement satisfait aux prescriptions de la loi [1].

Mais cette autorisation, quoique tacite, doit être formelle et ne saurait s'induire de circonstances douteuses, ou résulter d'une analogie prétendue. Par exemple, un mari donne à sa femme pouvoir d'administrer la communauté ; profitant des facilités que lui attribue ce mandat, elle se livre à des opérations commerciales, indépendantes de la gestion qui lui fut confiée : dans cette hypothèse, on ne pourrait valider de tels engagements, et tirer du silence, de la tolérance du mari, une preuve de son consentement.

Au surplus, en général, l'appréciation des débats de cette nature rentre dans le domaine du fait.

2. Le motif de cette distinction, qui consiste à exiger du mineur une autorisation écrite et formelle, tandis qu'on ne demande à la femme que le consentement de son mari, est facile à comprendre.

La femme mariée est obligée de résider avec son mari : le commerce exige un mouvement, une publicité, qui ne permettent guère de croire qu'il échappe au mari, averti par une cohabitation presque toujours constante ; dès lors, les tiers qui voient le commerce de la femme se passer en quelque sorte sous ses yeux, n'ont pas besoin d'être officiellement avertis de son concours. — Le mineur, au contraire, peut vivre loin de sa famille : rien n'indique au public, ni son âge, ni son aptitude légale ; il était donc d'une prévoyante législation de prescrire une salutaire publicité, et d'établir une distinction, fondée sur la situation respective des personnes.

3. Quand la loi énonce que la femme mariée ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari, elle pose un principe absolu, qui ne peut admettre d'exception, quel que soit le régime sous lequel le mariage ait eu lien. Que la femme soit mariée sous le régime dotal, en séparation de biens, ou en communauté, elle n'en a pas moins promis obéissance à son mari. — Dans une question qui touche d'une manière si intime à la tranquillité du ménage, à l'avenir des enfants, il serait imprudent de dire que la femme doit être son libre arbitre, lorsqu'elle n'engage que ses propres capitaux. Ce n'est pas en effet dans le seul but de mettre le mari à l'abri de la réaction des opérations de sa femme, que son concours est exigé : c'est aussi dans le but de protéger ce principe d'ordre public, qui constitue un chef à la famille.

4. *Le mari peut-il révoquer le consentement qu'il avait donné?*

Pour résoudre cette question d'une manière complète, il est une première observation à faire.

On se demande, d'abord, si le retrait du consentement peut avoir lieu quand la femme était déjà commerçante avant l'époque du mariage. — Ainsi que le remarquent Pardessus, n° 64, et Locré, tome I[er], note sous l'art. 4, page 31, un doute sérieux ne peut guère exister. En épousant une femme déjà marchande publique, le mari ne fait point retour sur le passé : il ne dispose que pour l'avenir. Il reconnaît à sa femme la faculté de se livrer aux opérations commerciales. Lorsqu'il donne son consentement depuis le mariage, il lui concède la même faculté. Ainsi, la situation est la même, et la solution ne saurait être différente.

Cela posé, revenons au texte de l'art. 4 du Code de comm. Cet article dit-il que la femme ne pourra *devenir* marchande publique sans le consentement de son mari? Nullement ; il dispose qu'elle ne pourra *être* marchande sans ce consentement. — Or, si la révocation du consentement du mari n'avait point d'effets ; si la femme pouvait, au mépris de cette prohibition, continuer le commerce qu'elle avait commencé, on arriverait à la conséquence nécessaire que la femme *serait* marchande sans le consentement et malgré le refus de son mari. — Or, la loi dit et a voulu tout le contraire.

Comment la loi commerciale aurait-elle pu disposer autrement? Dans une société bien organisée, il existe un chef ; dans une famille il en faut un aussi. Le mari est le maître et le chef, non-seulement de la communauté de biens, mais encore de tous les rapports pécuniaires ou intellectuels qui régissent l'association conjugale. Si la volonté du mari et celle de la femme sont en contradiction, celle-ci doit fléchir, car elle promit obéissance. — D'ailleurs serait-il prudent de donner, en thèse générale, à la femme, le droit de continuer un commerce auquel elle se montre impropre, et que le mari réprouve? N'y aurait-il pas un immense danger à la livrer à la merci de sa propre faiblesse, et d'empêcher le chef de la

[1] Cass., 14 nov. 1820 (S.-V., 21, 1, 312). Cass., 27 mars 1832 (S.-V, 32, 1, 365). — Paris, 8 mars 1835. — Merlin, v° *Aut. maritale*, tome I[er]. — Delv., *Cours de dr. civ.*, tome I[er], note 4, page 417, et *Institutes du dr. comm.*, page 5. — Duranton, n° 329 ; — n° 475. — « Le mari souffre que sa femme fasse le commerce : il en profite. Il semble lui avoir donné une autorisation et un pouvoir général d'agir pour lui ; c'est pourquoi elle l'engage. *Hanc enim præposuit, qui volet cum ea actionem* GERERE. » (*Praticien des consuls*, page 651). — Orillard, n° 166 ; — Pardessus, n° 63. — Teulet, note 1[re], sous l'art. 5 du *Code de comm.* ; — Locré, tome I[er], notes sous l'art. 4 du *Code de comm.*, pages 34 à 42 ; — E. Vincens, tome I[er], liv. III, chap. 1[er], n° 4, page 338 ; — notes sous l'art. 4, tome I[er], page 27 ; — Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Femme*, n° 4, page 433.

famille de protéger les intérêts de ses enfants?

5. *Mais si la femme résiste à la révocation du consentement, si elle en appelle aux tribunaux, pourra-t-elle obtenir de la justice le droit de poursuivre ses opérations?*

Nous ne saurions le penser. — Sans doute le mari peut, comme souvent, abuser de la suprématie dont il fut investi : si, par exemple, il est judiciairement séparé de corps et de biens, le désir de nuire à une femme qui fit réprimer ses écarts pourra être le mobile de sa conduite; cela sera fâcheux, mais quelque graves que soient ces motifs, ils ne sauraient infirmer la loi, ni détruire les motifs d'intérêt général sur lesquels elle repose.

La loi! elle est claire, énergique : le consentement du mari est indispensable à la femme qui veut *être* marchande publique; nulle part on ne trouve l'autorisation de substituer à ce consentement la volonté des magistrats.

Les motifs de la loi! mais nous venons de les dire. La femme, même séparée judiciairement, est toujours en puissance de mari; le lien conjugal n'est pas rompu : l'ordre public ne saurait permettre le renversement de la prééminence maritale, et l'intervention des magistrats viendrait ajouter de nouveaux éléments de discorde à ceux qui déjà pourraient exister.

Le tribunal de commerce de Paris, par son jugement du 3 novembre 1843, qui est remarquablement rédigé, vient de consacrer cette doctrine dans les termes suivants :

JUGEMENT.

« Attendu que Véro demande l'annulation de la société contractée par sa femme avec les sieur et dame Delamarre;

» Attendu qu'il résulte des pièces produites, ainsi que des explications fournies, que le 27 juillet 1839 Véro a cédé à sa femme l'établissement qu'il exploitait alors, et lui a donné l'autorisation de faire le commerce de charcuterie et de comestibles;

» Attendu que, le 24 août de la même année, la dame Véro a obtenu sa séparation de biens d'avec son mari;

» Attendu que, suivant acte enregistré le 23 juillet 1843, elle a formé, avec les sieur et dame Delamarre, une société pour l'exploitation du fonds de commerce sus-énoncé, et, en outre, pour l'exploitation, en hôtel garni, des localités non employées au service dudit fonds de commerce, on de tous autres lieux :

» Attendu qu'elle a cédé auxdits sieur et dame Delamarre la moitié indivise avec elle dans ce susdit fonds de commerce et ses dépendances;

» Attendu que, suivant l'art. 4 du Code de comm., la femme ne peut être marchande publique sans l'autorisation de son mari; — Attendu que, suivant l'art. 5 dudit Code, si la femme est marchande publique, elle peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; qu'audit cas, elle oblige son mari, s'il y a communauté entre eux; — Attendu que, pour faire une application exacte de la loi précitée, il y a lieu de se reporter à la discussion qui a précédé leur adoption;

» Attendu qu'il a été reconnu qu'il fallait maintenir le principe de la puissance maritale, principe qui avait toujours été admis par les anciennes lois, et qui était consacré dans le chap. 4 du liv. 1er du Code civil;

» Attendu que le législateur n'a pas voulu admettre de distinction, en ce qui touche l'autorisation, entre la femme commune et la femme séparée de biens; que si la condition du mari est différente dans l'un ou l'autre cas, la condition de la femme est la même, quant à la nécessité des consentements, — Attendu qu'il a été légalement examiné si le consentement du mari pourrait être révoqué; qu'il a été reconnu que si ce droit ne devait pas être brusquement exercé, à raison des engagements pris vis-à-vis des tiers, le mari était cependant toujours le chef, le maître de la famille, et ayant le pouvoir d'agir comme tel; que c'est pour ce motif que l'art. 4 ne dit pas que la femme peut *devenir* marchande publique, mais bien *qu'elle ne peut être*, ce qui réserve toujours au mari le droit de révoquer son autorisation;

» Attendu que Véro ne s'oppose pas à ce que sa femme continue le commerce, mais à ce qu'elle forme une société avec les sieur et dame Delamarre; — Attendu que le fait de s'associer n'est pas un des actes qui se trouvent définis dans les art. 632 et 633 du Code de comm.; que c'est un contrat par lequel on met quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter;

» Attendu qu'en contractant la société dont s'agit, la dame Véro a commencé par aliéner, sans le concours de son mari, partie de son fonds de commerce; qu'elle a, de plus, donné l'autorisation à un tiers de l'obliger, comme si elle s'engageait personnellement; qu'elle a encore ainsi aliéné partie de ses droits; qu'elle a, en outre, pris l'engagement d'exploiter un hôtel garni, tandis que le consentement donné par son mari est limité à l'exploitation d'un fonds de commerce de charcuterie et comestibles;

» Attendu que les sieur et dame Delamarre n'ont pas ignoré l'opposition de Véro à la formation de la société en question;

» Par ces motifs, le tribunal annule la société formée entre la dame Véro et les sieur et dame Delamarre; — En conséquence, annule tous engagements pris par la dame Véro vis-à-vis des sieur et dame Delamarre; — Condamne ces derniers à garantir et indemniser ladite dame du préjudice qu'elle pourrait éprouver par suite desdits engagements. » (*Le Droit*, n° du 18 novembre 1843.)

6. Le droit de révocation accordé au mari, il

reste à déterminer les droits des tiers à ce sujet.

Si aucune loi ne prescrit de rendre publique cette révocation, néanmoins il est, d'après les principes généraux, des précautions que le mari peut et doit prendre, afin que la bonne foi des tiers ne soit pas surprise. L'art. 1382 du Code civil, qui s'applique à toutes les matières du droit commun ou du droit exceptionnel, ne permet pas que le dommage résultant d'une négligence ou d'une faute reste sans réparation. Si donc un créancier de bonne foi se présentait ; si, dans l'ignorance d'une révocation occulte, il avait traité avec une femme jusqu'à ce moment marchande publique, il serait autorisé à repousser l'exception élevée contre lui. Il dirait que la femme avait le titre de marchande publique ; que c'était un fait notoire, approuvé par le mari ; que si celui-ci a voulu le lui enlever, il a dû le faire notoirement aussi ; qu'en oubliant d'avertir le commerce par une publicité loyale, devenue nécessaire, une faute a été commise, un préjudice souffert, et qu'une réparation est due.

Pour échapper à une pareille demande, il faudrait que le mari pût justifier d'une entière bonne foi ; il devrait établir, ou que le créancier a pu connaître le retrait du consentement, ou que lui-même a été dans l'impossibilité de le rendre public. (Bravard-Veyrières, page 20.) On suivait déjà ces principes sous l'ordonnance de 1673. Rogue dit en effet : « Le mari peut révoquer publiquement la liberté qu'il donne à sa femme d'être marchande publique. » (Tome Ier, chap. 12, n° 7, page 227 ; Denizart, tome III, v° *Marchande publique*, n° 6, page 238.)

Au surplus, ce sont là des questions de fait, sur lesquelles les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire, et dans lesquelles la moralité des parties et les circonstances du contrat ont une action décisive.

7. Examinons maintenant les conséquences de la minorité dans ses rapports avec la femme mariée.

Si la femme mariée est mineure, le consentement du mari suffira-t-il pour l'autoriser à faire le commerce ? — Non, car l'art. 2, que nous avons analysé à la section précédente, est général, absolu, sans exception. — Dans cette hypothèse, comme la femme est sous le coup d'une double incapacité, il faudra le concours de deux conditions : le consentement du mari, qui la relève de l'incapacité que le mariage fait peser sur elle ; l'autorisation de la famille, son affiche et son enregistrement, lesquels font cesser l'incapacité produite par la minorité [1].

Si la femme est majeure et le mari mineur, le consentement du mari sera-t-il valable? Non, car on ne peut transmettre à autrui un pouvoir que l'on n'a pas. C'est ce qu'avait jugé, sous l'ancienne législation, un arrêt du parlement du 19 avril 1717. (*Praticien des consuls*, page 21.)

Mais alors, qui pourra donner à la femme le consentement qui lui manque ? S'adressera-t-elle aux parents de son mari ? — Non, car ses parents ont un pouvoir limité à leur propre famille. La loi, en leur attribuant le droit d'autoriser personnellement le mineur, sur lequel ils ont action, à faire le commerce, ne les investit nulle part de la faculté de lui donner la possibilité de déléguer cette autorisation. — Demandera-t-elle à la justice le consentement qu'elle ne peut obtenir ? Pardessus, n° 63, et Duranton, n° 478, enseignent l'affirmative parce que, en général, les tribunaux sont chargés de venir en aide à la femme, lorsque son mari ne peut ou ne veut manifester sa volonté. Ainsi est-il quand il s'agit d'autoriser la femme à ester en justice.

Quant à moi, je pense que le silence de la loi est une négation formelle du droit de commerce dans cette hypothèse. Les incapacités ne peuvent cesser qu'en présence d'une disposition légale. — Or, d'une part, la législation n'a autorisé ni le mari mineur, ni les parents du mari, ni la justice, à donner à la femme le consentement nécessaire à l'exercice du négoce. L'incapacité doit donc être maintenue jusqu'à la majorité du mari. — De La Marre et Le Poitevin, tome Ier, n° 53, à la note, sont de cet avis.

Il en serait de même, et par le même motif, quand le mari est interdit. (Bravard-Veyrières, page 19.)

Si les deux époux étaient mineurs, il faudrait appliquer à chacun d'eux les principes que nous venons d'exposer.

8. Il est une autre condition sans laquelle la femme mariée ne peut acquérir le titre de marchande publique.

Le législateur, en étendant hors de leurs limites naturelles les facultés de la femme mariée, a dû témoigner d'abord de son respect pour les droits du mari ; mais cela fait, il devait protéger la femme contre l'influence, souvent excessive, que le mari peut acquérir. — Pour attirer dans son commerce les capitaux qui lui manquent, le mari pourrait engager sa femme dans une association dans laquelle sa fortune pourrait courir des dangers. Pour empêcher cette spoliation détournée, la loi dispose que « la femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Elle n'est » réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. » (Art. 220, Code civ. — Art. 5, Code comm.) [2].

[1] Toul., 26 mai 1821 (S.-V., 22, 2, 36.) — Paris, 15 fév. 1838. — Orillard, n° 168. — Delv., *Institutes du Droit comm.*, tome II, page 5. — Bravard, page 19. — Duranton, *du Mariage*. — Pardessus, *Cours de Droit commercial*, n° 63.

[2] Paris, 7 fév. 1825 (S.-V., 35, 2, 512 ; — Orillard, n° 173.

Cette règle fondamentale nous inspire deux observations :

1° Si la femme se marie *en communauté*, alors qu'antérieurement elle exerçait un commerce, et sans stipuler que ce commerce restera sa propriété particulière, elle cesse d'être marchande publique, par cette raison que son industrie tombe en communauté, et devient par cela même un des objets sur lesquels le mari a le droit d'administration.

2° Quand la loi se sert de cette expression : *Commerce séparé*, elle ne veut pas dire que ce commerce sera nécessairement *autre* que celui du mari. Ainsi la femme peut avoir la *même nature* de commerce, pourvu qu'elle soit libre, indépendante de l'influence maritale, qu'il n'y ait pas association, que son mari ne puisse avoir le droit de diriger ses actes et de les modifier suivant son intérêt personnel. Cela était déjà de principe sous l'ordonnance de 1673 ; on lit dans Rogue : « Une femme est marchande publique lorsqu'elle fait un commerce *distinct* et séparé de celui de son mari. Le commerce de la femme doit être incompatible avec celui de son mari, ou avec son état. » (Tome Ier, ch. 22, n° 7, page 226.)

§ III.

Des effets des obligations de la femme marchande publique.

SOMMAIRE.

1. La capacité de la femme marchande est, sous certains rapports, plus étendue que celle du mineur commerçant ; elle peut aliéner ses immeubles, sauf l'immeuble dotal. — Elle ne peut ester en justice sans l'autorisation maritale ou judiciaire.

Droit de faire des actes conservatoires.

2. En général, la femme marchande publique n'engage pas son mari. — Cependant, exceptions tirées du régime adopté par les époux.

3. Quand la femme gère notoirement le commerce de son mari, elle l'engage par ses actes. — Étendue et conditions de ce principe. — Jurisprudence et opinion des auteurs. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation.

4. Les règles ci-dessus ne s'appliquent qu'à la femme *marchande publique*, et non à celle qui fait *accidentellement* un acte de commerce. — Conséquence de cet acte.

5. Ces principes sont renouvelés de l'ancien droit : Coutume de Paris.

1. La capacité de la femme marchande publique est plus étendue que celle du mineur commerçant. Comme lui, elle est réputée libre des obstacles qui entravaient leur volonté ; elle peut contracter tous les engagements que nous avons énumérés à la précédente section, et de plus l'exception, unique mais grave, que subit le mineur ne vient pas diminuer l'étendue de ses facultés.

Elle a le droit, refusé au mineur, d'aliéner ses immeubles sans recourir aux formalités ordinaires. Pourtant l'immeuble dotal, toujours réputé inaliénable, ne pourrait être vendu par elle, même avec l'autorisation de son mari, que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code. (Art. 7, Code de comm.)

Néanmoins la femme marchande publique ne peut ester en justice sans l'autorisation maritale, ou bien, en cas de refus du mari, sans l'autorisation des tribunaux.

Cependant, pour la conservation de ses droits, elle peut, à sa seule requête, faire signifier tous actes extrajudiciaires, procéder à toutes saisies-oppositions. Elle pourra même donner des assignations ; il suffit que pour plaider son mari l'autorise ou l'assiste, ou qu'à défaut elle soit autorisée par le tribunal.

2. Nous avons dit que les obligations souscrites par le mineur ne réagissent pas sur ceux qui lui ont donné l'autorisation de faire le commerce : en est-il de même quant à celles de la femme ? n'engagent-elles pas le mari qui lui a permis de devenir marchande publique ?

Disons d'abord que le mari n'est point engagé par suite de son consentement, mais ajoutons qu'il peut l'être à raison des conventions matrimoniales qu'il a faites.

S'il y a communauté, le mari, profitant des bénéfices, doit être tenu des dettes. (Art. 6, Code de comm.)

S'il y a régime dotal sans communauté d'acquêts, le même principe doit être admis, partant les mêmes conséquences. La femme est présumée faire, dans l'intérêt du mari, le commerce dont les produits n'augmentent pas ses reprises.

S'il y a séparation de biens, le mari ne saurait être obligé, puisqu'il ne participe point aux bénéfices.

3. La femme qui, sans procuration spéciale, gère notoirement le commerce de son mari, n'est point engagée par les actes qu'elle souscrit, par les achats qu'elle fait. N'étant point marchande publique, et ne pouvant être considérée

comme telle par les tiers, puisque, au lieu d'avoir un commerce séparé, elle se borne à la gestion du commerce de son mari, elle n'est point dégagée des liens de l'incapacité, qui d'ordinaire pèse sur elle; dans cette hypothèse, le mari est passible de ses actes. Ayant donné un mandat tacite, mais exprès, il a choisi sa femme pour mandataire, et, comme tout mandant, il doit accomplir les opérations faites par elle. Il ne serait pas admis à demander la nullité de ces engagements sous prétexte qu'ils ont été contractés sans son autorisation; car on lui répondrait que la femme a traité non de son chef et pour son compte, mais pour le compte du mari dont elle avait les pouvoirs.

Toute la difficulté d'une semblable situation consiste donc dans le fait de savoir si le mari a connu les actes de sa femme, s'il les a approuvés et si celle-ci avait l'habitude de se livrer à cette gestion [1].

Néanmoins, si le mandat du mari n'était pas clairement prouvé, la femme ne pourrait céder à des tiers, même à titre onéreux, ni des créances à elle appartenant, ni des effets tombant dans la communauté.

La cour de cassation, par son arrêt récent du 7 août 1843, vient de consacrer ce principe dans des circonstances bien graves. Il s'agissait d'un effet de commerce transmis par voie d'endossement à un négociant qui en avait fourni la valeur, par une femme en puissance de mari. Malgré la faveur qui s'attache aux lettres de change et aux billets à ordre, la cour suprême a déclaré que la femme ne pouvant exercer la puissance maritale sans le consentement exprès du chef de la communauté, les transmissions de ses créances commerciales faites par elle étaient radicalement nulles. Cette nullité a même été étendue à des tiers porteurs. Mais ce dernier point mérite une observation particulière : si les tiers porteurs sont de bonne foi, s'ils ignorent le mariage de la femme avec laquelle ils traitent et l'incapacité qui résulte de cet état, s'ils ont réellement fourni la valeur du titre, l'endossement doit être déclaré valable à leur égard. Le mari qui, par sa négligence, a permis à sa femme de s'emparer de l'effet de commerce, de le livrer à autrui contre valeur réelle, ne saurait exciper de son propre fait pour détruire les droits des tiers, qui ont dû croire la femme libre et maîtresse de ses actions. Si, au contraire, le titre laisse apercevoir en lui-même la position de la femme, ou si des circonstances extérieures il résulte la preuve que cette position a été nécessairement connue, alors le principe général reprend tout son empire et vicie, à l'égard de tous, la négociation intervenue. C'est à cette dernière hypothèse que s'applique l'arrêt [2].

4. Toutes les observations que nous venons d'exposer ne s'appliquent qu'à la femme marchande publique, et non à celle qui, accidentellement et avec l'autorisation maritale, fait *isolément* un acte de commerce. Celle-ci est, il est vrai, engagée; les tiers ont contre elle une action directe et personnelle, dont elle ne peut s'affranchir, mais elle ne subit pas toutes les conséquences de la forme commerciale de ses opérations. Ainsi, qu'elle souscrive une lettre de change, ce titre, qui emporterait la contrainte par corps à l'égard d'un autre, ne vaut, quant à elle, que comme simple promesse. (Art. 113, Code de comm.)

D'un autre côté, un acte de commerce isolé ne donne pas à la femme les droits conférés à celle qui est marchande publique; elle ne pourrait hypothéquer ou aliéner ses immeubles sans le concours de son mari.

5. Presque tous les principes que nous venons d'analyser sont empruntés à l'ancienne législation. — Ainsi, la coutume de Paris disposait : — Art. 234, qu'une marchande publique s'oblige et oblige son mari, touchant le fait et les dépendances de la marchandise; — Art. 235, que la femme n'est jamais réputée marchande publique, lorsqu'elle se borne à débiter la marchandise dont son mari se mêle, et qu'elle n'est réputée marchande publique que lorsqu'elle *fait marchandise séparée*; — Art. 236, que la femme marchande se peut obliger sans le consentement de son mari, pour les choses relatives à son commerce.

[1] Angers, 27 fév. 1819 (S.-V., 20, 2, 148, *Pasinomie*.) — cass., 25 janvier 1821 (S.-V., 21, 1, 177). — Delv., tome 1er, note 3, page 406. — Toullier, n° 640. — Duranton, n° 484. — Vazeille, *du Mariage*, n° 334. — Dalloz, v° *Mariage*, page 356.

[2] (S.-V., 44, 1, 33.)

TROISIÈME SECTION.

Des professions incompatibles avec le commerce.

SOMMAIRE.

Division de cette section.

S'il est des personnes incapables, dont l'incapacité relative peut cesser, il en est d'autres, au contraire, qui, usant de leurs droits, se trouvent cependant privées de la faculté de faire le commerce.—Nous devons, dans les cinq paragraphes suivants, dire quelques mots des incompatibilités qu'entraîne l'exercice de certaines fonctions ou professions.

§ Ier.

Des ministres et des hauts fonctionnaires.

SOMMAIRE.

Les grandes dignités de l'État et les hautes fonctions administratives sont en général incompatibles avec le commerce. — Exemple : 1o les ministres ; — 2o le directeur du télégraphe ; — 3o les préfets. — Art. 175 et 176 du Code pénal ; — 4o les consuls en pays étrangers : ordonnance du 3 mars 1781 ; — 5o les officiers et administrateurs de la marine : arrêté du 3 prairial an 11.

Parmi les incompatibilités, il en est qui reposent sur des textes de législation, d'autres qui existent par la force même des choses.

Les grandes dignités de l'État, les hautes fonctions administratives paraissent inconciliables avec les opérations commerciales. — Pour faire bien comprendre sur quels motifs est fondée cette incompatibilité, il n'est pas inutile de citer quelques exemples.

Les ministres ne sont pas hors la loi commune ; quelque élevée que soit la dignité dont ils sont revêtus, ils ne dérogent point lorsqu'ils se livrent aux transactions du commerce. Mais, toutefois, il peut se trouver telle situation qui leur interdise certaines spéculations. Il ne faut pas que les fonctions qu'ils remplissent deviennent pour eux une source de richesse : — il ne faut pas qu'ils trouvent, dans leur position, la possibilité de se créer des avantages personnels ; — il ne faut pas non plus, dans l'intérêt de la dignité, de l'autorité du pouvoir, que le public puisse dire qu'ils font leurs affaires en faisant celles du pays.

Ainsi, le ministre des finances ne pourrait réaliser personnellement un emprunt qu'il a fait voter par les chambres.

Le ministre de l'intérieur, le directeur du télégraphe, ne pourraient spéculer sur les fonds publics, parce que le télégraphe leur donnerait trop de moyens d'influer sur le cours de la rente.

Le ministre des travaux publics ne pourrait participer aux sociétés formées pour l'exploitation des chemins de fer, que le parlement l'a autorisé à fonder.

Dans les départements, les préfets, qui exercent une grande autorité, ne pourront commercer.

Quoique ces interdictions ne reposent sur aucune loi spéciale, elles s'appuient si intimement sur la nature de ces fonctions, que celui qui les enfreindrait se rendrait coupable d'une sorte de concussion. De pareils actes trouveraient leur sanction pénale dans les art. 175 et 176 du Code pénal, ainsi conçus :

« Tout fonctionnaire, tout officier public, » tout agent du gouvernement, qui, soit ouver» tement, soit par actes simulés, soit par inter» position de personnes, aura pris ou reçu » quelque intérêt que ce soit, dans les actes, ad» judications, entreprises ou régies, dont il a, » ou avait, au temps de l'acte, en tout ou en

» partie, l'administration ou la surveillance, » sera puni d'un emprisonnement de six mois » au moins et de deux ans au plus, et sera con- » damné à une amende qui ne pourra excéder » le quart des restitutions et des indemnités, ni » être au-dessous du douzième.

» Il sera, de plus, déclaré à jamais incapable » d'exercer aucune fonction publique.

» La présente disposition est appliquable à » tout fonctionnaire ou agent du gouvernement » qui aura pris un intérêt quelconque dans » une affaire dont il était chargé d'ordonnan- » cer le payement, ou de faire la liquidation. » (Art. 175.)

« Tout commandant des divisions militaires, » des départements, ou des places et villes, tout » préfet ou sous-préfet, qui aura, dans l'étendue » des lieux où il a droit d'exercer son autorité, » fait ouvertement, ou par des actes simulés, » ou par interposition de personnes, le com- » merce de grains, grenailles, farines, substan- » ces farineuses, vins ou boissons, autres que » ceux provenant de ses propriétés, sera puni » d'une amende de 500 francs, au moins, de » 10,000 francs, au plus, et de la confiscation » des denrées appartenant à ce commerce. » (Art. 176.)

Hâtons nous de dire que si la haine qu'inspirent quelquefois les hommes publics à leurs adversaires politiques a insinué l'existence de semblables méfaits, jamais la preuve n'en a été produite; et il est permis d'espérer que ces allégations étaient des calomnies intéressées, ou inspirées par l'esprit de parti.

Il est bien évident que les ministres, que les hauts fonctionnaires auraient le droit d'établir un nouveau commerce, ou de continuer leur commerce antérieur, lorsque leurs opérations seraient entièrement indépendantes de leurs fonctions.

A ces prohibitions, il convient d'ajouter celle que l'art. 20, titre Ier, de l'ordonnance du 3 mars 1781, fait aux consuls en pays étrangers, d'exercer directement ou indirectement le commerce, dont la surveillance leur est confiée.

L'art. 19 du titre XIV de l'ordonnance du 31 octobre 1784, impose la même règle aux officiers et administrateurs de la marine. — Les dispositions de ces lois ont été rappelées par l'art. 122 de l'acte du gouvernement du 2 prairial an 11 (22 mai 1803).

§ II.

Des magistrats, des avocats et des notaires.

SOMMAIRE.

1. Les anciennes ordonnances du royaume interdisaient l'exercice du commerce aux officiers de judicature. — Motifs de cette interdiction. Ordonnance de Charles V, de mars 1356. — Il doit en être de même aujourd'hui.
2. Cette règle est étendue aux avocats, par le décret du 14 mars 1810, et par l'ordonnance de 1822.
3. Des règlements intérieurs et disciplinaires imposent aux notaires une semblable prohibition.

1. Les anciennes ordonnances de nos rois enlevaient aux officiers de judicature la faculté de faire le commerce.

Cette interdiction reposait sur un double motif.

Le magistrat, chargé de rendre la justice, doit rester attaché à ses fonctions, il doit son temps et son intelligence aux intérêts des justiciables. — Il n'acquitterait qu'une partie de sa dette, s'il était distrait de ses nobles occupations par les soins multipliés du commerce. Et puis, que la chance lui soit contraire, que ses engagements restent en souffrance, faudra-t-il l'enlever à son siége, le soumettre à la contrainte par corps, le déclarer en état de faillite?

D'un autre côté, le magistrat doit apporter à l'examen des litiges une religieuse impartialité; il faut qu'il s'isole complétement de ses affections, de ses intérêts. Pourrait-il se dépouiller de toutes préventions, lorsque les opérations de son négoce établiraient pour lui des situations analogues à celles sur lesquelles il est appelé à statuer? Ne donnerait-il pas aux procès les solutions favorables à celles qu'il doit solliciter pour lui même? N'interpréterait-il pas la loi dans un sens utile à ses spéculations? Ne se rendrait-il pas ainsi le maître du commerce? Et, en supposant même que ses décisions fussent équitables, l'esprit de malveillance d'un plaideur désappointé ne pourrait-il insinuer qu'elles ont été dictées par un sentiment tout personnel? la dignité de son caractère ne serait-elle pas effleurée par cette dangereuse supposition?

Ces motifs, dès longtemps compris, se retrouvent dans les monuments de notre ancienne législation. Charles V, Charles VII, François Ier, Louis XIV, Louis XV, les accueillirent successivement, et, par de nombreux édits, défendirent aux officiers de judicature de se livrer aux spéculations commerciales, les déclarant, en cas de contraventions, déchus de toute exemption et de tout privilége. Parmi ces lois,

il suffira de citer les ordonnances de mars 1356, de 1669, de 1701, de 1706, de 1756 et de 1765.

Il n'est pas sans intérêt de rapporter ici les termes énergiques de l'ordonnance de Charles V, de mars 1356.

« Parce que, y est-il dit, nous avons ouï et » entendu que aucuns de nos officiers marchan- » dent et font marchander de diverses marchan- » dises, *parquoy marchandise est fort empirée et* » *notre peuple grevé.* — Si, avons ordonné pour » meure délibération de conseil, que nulz de noz » officiers, c'est assavoir les gens de notre grans » conseil, les gens de notre parlement, des re- » quêtes, ou maîtres de notre hôtel, les maîtres » de nos comptes, les trésoriers, receveurs, » collecteurs, maîtres des eaües et forêts, maî- » tres des monnoyes, gardes, contregardes, et » officiers d'icelles, sénéchaux, baillis, prévôts, » nos procureurs, secrétaires, chatelains, ou » autres juges de nous ou d'autres seigneurs, » *doreznavant par eux ou par interposées per-* » *sonnes, ne marchandent ne ne fassent mar-* » *chander, ne s'accompaignent, ne participent en* » *marchandises, sur peine de perdre la marchan-* » *dise, et d'être puniz griévement à nostre vou-* » *lenté : et ne dounerons lettres, ne ne ferons* » *grace, au contraire : Et renonceront à leur* » *office ou à la marchandise : Et si aucuns en y* » *a qui sur ce ayent impétré lettres ou graces de* » *nous, icelles graces nous tenons et réputons* » *pour nulles et de nulle valeur, sur quelque* » *forme de porolles qu'elles soient ottroiées, et* » *s'aucuns s'efforcent de user desdites lettres contre* » *notre ditte ordonnance, ils seront puniz comme* » *dessus est dit, et avec ce perdront la ditte mar-* » *chandise.* »

Nos lois nouvelles ne contiennent sur ce point aucunes dispositions, mais, sans rechercher si les anciens édits ont été abrogés par la loi de 1791, nous pensons que les mêmes motifs subsistent, l'incompatibilité nous paraît aussi absolue que par le passé; suivant nous elle repose sur l'essence même des fonctions qu'exerce le magistrat, et celui qui en sortirait s'exposerait à la censure de sa compagnie, peut-être même à une suspension (1).

2. Les avocats, dans un autre ordre d'idées, participent aussi à la distribution de la justice : ils sont en quelque sorte les *troupes* auxiliaires de la magistrature. Le magistrat décide, l'avocat éclaire les procès. La vie entière de l'avocat appartient à ses clients, et rien ne doit ébranler la confiance intime qui forme la base de leurs rapports. Ce n'est pas seulement à l'audience qu'il faut à l'avocat une entière indépendance; c'est aussi, c'est surtout dans le silence du cabinet, dans les actes de la vie privée : l'avocat, tributaire de ses clients, n'apporterait point à la conduite des procès cet esprit libre de prévention, qui seul est le gage d'une bonnête défense : s'il entrait dans la voie des opérations commerciales, le dérangement de ses affaires personnelles, la gêne, le besoin d'une assistance pécuniaire, le mettraient à la merci des plaideurs, l'entraîneraient à des actes répréhensibles et pourraient altérer la bonne foi qu'il se doit et qu'il doit à la justice.

C'est pour cela que les règlements intérieurs de notre ordre nous ont, en tout temps, fait expresses défenses de commercer : cette prohibition est textuellement écrite dans l'art. 18 de l'acte du 14 décembre 1810 et dans l'art. 42 de l'ordonnance de 1822, et l'avocat qui méconnaîtrait ce principe de notre profession serait immédiatement rayé du tableau.

3. Les notaires exercent une sorte de magistrature populaire : dépositaires des secrets des familles, ils assurent la transmission de la propriété; officiers publics, ils ne sauraient, sans de graves abus, cumuler leurs fonctions avec la qualité de commerçant. — Aussi leurs règlements leur interdisent de se livrer au négoce.

4. On le voit, ces incompatibilités se lient, se touchent entre elles et reposent sur les mêmes considérations.

§ III.

Des ecclésiastiques et des nobles.

SOMMAIRE.

1. Le commerce défendu aux ecclésiastiques par les Pères de l'Église et par le droit canon. — Les anciennes lois du royaume avaient reproduit cette disposition. — La loi de 1791 l'a-t-elle modifiée?
2. Anciennement la noblesse dérogeait quand elle se livrait au négoce : citation de Pasquier, et ordonnance de Henri II, de 1560. — Quand la féodalité s'efface, la noblesse entre passivement dans le négoce, en y versant ses capitaux. — Ordonnances successives, qui engagent les nobles à participer activement au commerce. — Aujourd'hui, les nobles ne peuvent faire un plus digne emploi de leur intelligence qu'en prenant part au mouvement industriel.

(1) La loi sur l'augmentation des traitements de la magistrature, votée par la chambre des représentants et soumise maintenant au sénat, contient une disposition sur des incompatibilités de cette nature.

1. Les Pères de l'Église avaient défendu le commerce aux ecclésiastiques. Saint Paul, dans son épître à Timothée, ch. 2, déclare que les membres du clergé, *comme de vrais soldats de Jésus-Christ, doivent s'abstenir de tout négoce.* — Saint Ambroise, au livre Ier de l'office, dit que, si le commerce est interdit à un soldat par les lois humaines, à plus forte raison ceux qui militent pour la foi doivent s'en abstenir. — Le pape Gélase, écrivant aux évêques de Sicile, avertit les ecclésiastiques, à quelque degré qu'ils soient, de mettre de côté tout esprit de négoce. On pourrait multiplier les citations sur ce point, mais il suffira de dire que la prohibition a été renouvelée par la maxime du droit canon, *Nemo militans Deo, implicat se negotiis secularibus.*

Cette maxime, qui est la règle générale, a été développée maintes fois dans l'ordre civil, par des ordonnances royales ou par des arrêts de parlement.

Ainsi, l'édit de 1707 défend à diverses maisons de religieux de vendre même des remèdes. Ses dispositions ont été renouvelées par l'arrêt du conseil d'État du 28 juin 1755.

Le 12 juillet 1721, un arrêt du conseil avait défendu à toutes les communautés séculières et régulières de permettre qu'il fût fait en leurs maisons ou couvents des magasins de marchandises de quelque nature qu'elles fussent, à peine pour elles de saisie de leur temporel et privation de leurs priviléges.

Un arrêt en forme de règlement, rendu au parlement de Paris, le 4 août 1743, dispose « que les curés, vicaires, et autres personnes » constituées dans les ordres sacrés, ne pourront » faire aucun commerce de chevaux ou autres » animaux. »

La loi de 1791, en proclamant la liberté absolue du commerce, a-t-elle abrogé ces anciennes lois ? L'ecclésiastique a-t-il, comme les autres citoyens, l'entière jouissance des droits civils, reconnus par la constitution de l'État ? Ce sont là des questions dont l'examen sortirait du cadre que je me suis tracé; mais ce qui est hors de doute, c'est que la pureté du caractère sacerdotal, le respect dû aux pratiques religieuses, ne permettent pas que le prêtre quitte les autels pour aller prendre place à un comptoir de marchand; c'est qu'il commettrait une sorte de sacrilége, celui qui, après s'être agenouillé devant Dieu, irait encenser le veau d'or : c'est enfin que, membre du clergé, soumis à sa discipline, l'ecclésiastique aurait à répondre devant les chefs de l'Église de ses infractions aux lois canoniques, qui lui défendent de prendre part aux spéculations commerciales.

2. A l'époque où la noblesse marchait presque l'égale de la royauté, où les hauts barons disposaient en seigneurs et maîtres des personnes et des choses établies sur leurs fiefs, le commerce semblait au second corps de l'État une entreprise dégradante et tout au moins inutile. — Comment en effet auraient-ils participé sans honte à des occupations qui tombaient dans le lot de leurs serfs ? Pourquoi travailler et produire, eux qui s'enrichissaient des dépouilles de la terre sans l'arroser de leurs sueurs, eux qui prélevaient les produits de l'industrie à laquelle d'autres se livraient ?

C'est ce qui fit défendre le commerce aux gentilshommes, par l'édit rendu à Orléans en 1560, par Henri II; c'est aussi ce qui faisait dire à Pasquier, en ses *Recherches sur l'histoire de France*, livre II, chap. 16 : « Le semblable avons-nous gardé religieusement en » France entre les nobles? tenons-nous seulement » pour chose indigne d'une noblesse, mais aussi » être fait acte dérogeant au privilége d'icelle, » lorsque l'on en trouve aucun au lieu de l'état » de guerre exercer un état mécanique, ou bien » à faire train d'une marchandise, c'est-à-dire, » en achetant quelque denrée, pour la débiter » par-après à son profit? »

Et d'ailleurs, à cette époque où des troubles sans cesse renaissants agitaient le pays, où les guerres se succédaient sans interruption, tout bon gentilhomme devait consacrer aux soins de la guerre toute sa force et toute son activité, et défendre à la pointe de son épée et son pays et ses droits.

Mais peu à peu, la féodalité s'effaça devant la royauté; Louis XI et ses successeurs abaissèrent la noblesse et relevèrent le peuple : le servage disparut, la propriété générale fut constituée, la bourgeoisie devint une force et le tiers état fut la sauvegarde de la couronne. — Entre la noblesse et le peuple la distance était moindre. Si la noblesse avait encore de nombreux priviléges, elle n'exerçait plus la toute-puissance : elle pouvait sans doute molester le peuple, mais elle n'avait plus la possibilité de le dimer-tailler, de se couvrir de ses dépouilles. Et cependant, il fallait vivre avec éclat et soutenir un nom antique; s'il ne pouvait encore convenir au gentilhomme de bonne maison de travailler personnellement, il fallait de toute nécessité, pour subvenir à son existence dorée, participer aux bénéfices que produisait le travail d'autrui. — La noblesse commença à pénétrer *passivement* dans le commerce : elle mit ses intérêts en commun avec la bourgeoisie, qui les faisait valoir.

Dès 1556, Charles IX permit le commerce à la noblesse de Marseille, de Normandie et de Bretagne. — En 1604, Henri IV invita toute la noblesse de France à prendre part aux opérations de la compagnie des Indes orientales. — En 1614, les états généraux lui firent connaître que rien ne pouvait lui être plus honorable, et en même temps plus avantageux à l'État, que de la voir équiper des navires, s'exercer dans la marine et faire un grand trafic. — Éclairé par ces conseils, le corps de la noblesse, dans son cahier particulier, demandait au roi : « que

» *les gentilshommes pussent avoir part et entrer » dans le commerce, sans déchoir de leurs privi- » léges*.» Déférant à ces réclamations, Louis XIII déclara solennellement, en 1629, que les gentilshommes qui feraient le commerce de mer ne dérogeraient pas.

Enfin, Louis XIV, par ses édits de 1664, 1669 et 1701 (*Praticien des consuls*, pages 13 à 17), invita, de la manière la plus pressante, la noblesse à participer aux opérations commerciales, dont il exceptait pourtant *la vente au détail*, qui était considérée comme avilissante.

Ces lois sont évidemment aujourd'hui sans aucune espèce d'application. S'il existe des nobles, il n'y a point *de noblesse* : si un beau nom, bien porté, donne dans la société une légitime influence, il ne constitue pas un privilége, tous les Français étant égaux devant la loi. — Le commerce n'est plus abandonné aux dernières classes de la nation : activement exercé, il conduit à la fortune et aux dignités : il est la pierre angulaire sur laquelle repose l'édifice social, et nobles comme bourgeois s'honorent en le pratiquant avec intelligence et probité.

§ IV.

Des agents de change et courtiers.

SOMMAIRE.

Les agents de change et courtiers ne peuvent faire le commerce pour leur compte personnel. — Motifs et ancienneté de cette règle. — Citation des termes de l'arrêté du 27 prairial an 10 : Art. 85 à 89, Code de comm.

Les commerçants ne peuvent traiter personnellement toutes leurs affaires. De même qu'ils ont des commis qui règlent leur administration intérieure, de même la loi met à leur disposition des intermédiaires, qui, à l'extérieur, facilitent leurs opérations. — Ces auxiliaires, avoués par la loi, sont investis d'une mission de confiance : ils ont le dernier mot de leur commettant, savent leur plus intime pensée, sont initiés à leurs affaires les plus secrètes, et souvent même ils apprennent les besoins réciproques de toutes les parties. Chargés de porter parole entre les parties contractantes, ils sont d'abord les agents et puis les témoins des marchés.

Le caractère de ces fonctions, qui exigent tant de droiture et de dextérité, leur fait un devoir impérieux d'une neutralité personnelle.

S'ils pouvaient utiliser à leur profit les renseignements qui leur sont donnés, si, avec leur connaissance profonde des nécessités du commerce, ils avaient le droit de se faire une part dans les négociations auxquelles ils s'entremettent, ils trahiraient la confiance publique et la confiance du commerce : concurrents dangereux, ils établiraient à leur profit un véritable monopole, et maîtriseraient toutes les opérations de la place.

Ces importantes considérations avaient, avant le Code de commerce, fait interdire aux agents de change et courtiers la faculté de faire des opérations commerciales pour leur compte personnel. On retrouve cette prohibition dans l'art. 413 de l'ordonnance de 1673 ; dans la déclaration du 13 juillet 1714 ; dans l'arrêt du conseil d'État du 30 août 1720 ; dans celui du 24 septembre 1724 ; dans celui du 9 août 1785 ; dans le décret du 4 thermidor an 3, et dans l'art. 14, titre III, de la loi du 28 vendémiaire an 4.

Cette restriction nécessaire, apportée par l'ancienne législation, à la liberté du commerce, est également consacrée par le législateur moderne. Considérés comme des commerçants, les agents de change et courtiers doivent pourtant se renfermer dans un rôle passif. Voici dans quels termes s'exprime l'art. 10 de l'arrêté du 27 prairial an 10 :

« Les agents de change et les courtiers de » commerce ne pourront être associés, teneurs » de livres, ni caissiers d'aucun négociant, mar- » chand ou banquier ; ne pourront pareillement » faire aucun commerce de marchandises, let- » tres, billets, effets publics ou particuliers, » pour leur compte, ni endosser aucun billet, » lettre de change ou effet négociable quel- » conque, ni avoir entre eux, ou avec qui que » ce soit, aucune société de banque ou en com- » mandite, ni prêter leur nom, pour une négo- » ciation, à des citoyens non commissionnés, » sous peine de trois mille francs d'amende et » de destitution. »

De son côté, le Code de commerce contient les dispositions suivantes :

« Art. 85. Un agent de change ou cour- » tier ne peut, dans aucun cas, ni sous aucun » prétexte, faire des opérations de commerce » ou de banque pour son compte. — Il ne peut » s'intéresser directement ni indirectement, sous

» son nom ou sous un nom interposé, dans aucune » entreprise commerciale. — Il ne peut recevoir » ni payer pour le compte de ses commettants.

» 86. Il ne peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'entremet.

» 87. Toute contravention aux dispositions » énoncées dans les deux articles précédents » entraîne la peine de destitution, et une condamnation d'amende, qui sera prononcée par » le tribunal de police correctionnelle, et qui » ne peut être au-dessus de trois mille francs, » sans préjudice de l'action des parties en dommages-intérêts.

» 88. Tout agent de change ou courtier » destitué en vertu de l'article précédent, ne » peut être réintégré dans ses fonctions.

» 89. En cas de faillite, tout agent de change » ou courtier est poursuivi comme banqueroutier. »

§ V.

Des effets des obligations souscrites par des personnes auxquelles le commerce est interdit.

SOMMAIRE.

1. La violation de ces interdictions peut, ou doit, suivant les cas, éveiller la sollicitude de l'action publique, mais elle ne dégage pas les contrevenants des conséquences de leurs obligations.
2. Ces obligations ne sont pas nulles et doivent être exécutées. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation.
3. La loi, sainement entendue, prohibe la concurrence, mais non pas les actes de commerce rendus nécessaires par le besoin de la vie. — Jurisprudence.
4. Les tribunaux et l'administration apprécient les diverses circonstances de la violation de la loi.

1. Nous venons de le dire, les incompatibilités reconnues par la loi ont pour but d'accorder au commerce une efficace protection : la violation de ces interdictions ne saurait donc devenir, pour le commerce, une cause illégale de pertes. Celui qui, sortant de ses fonctions, directement ou indirectement, par lui-même, par associés, ou par la femme avec laquelle il est marié en communauté de biens, se livre à des opérations qui lui furent interdites, celui-là ne saurait se retrancher derrière son titre, son rang, sa dignité, sa profession, pour contester la validité de ses engagements, et pour échapper à leurs conséquences. S'ils font le commerce, comme tous les commerçants ils seront justiciables des tribunaux de commerce, contraignables par corps, et pourront, s'il y échet, être declarés en état de faillite.

Ainsi, les hauts fonctionnaires seront comptables envers la vindicte publique de leurs infractions à la loi pénale. — Ainsi, les agents de change, déclarés en état de faillite, seront poursuivis comme banqueroutiers frauduleux. — Ainsi, les avocats seront exclus du barreau. — Ainsi, les magistrats et notaires encourront des poursuites disciplinaires. — Et, de plus, leurs obligations, à tous, devront recevoir leurs effets naturels, et resteront en faveur des créanciers des titres parfaitement valables.

2. Si l'interdiction prononcée par la loi ne peut sauver le délinquant des conséquences de ses actes, elle ne doit pas non plus devenir, pour eux qui contractent avec eux, une prime offerte à la mauvaise foi. — Les contrats passés, les opérations faites, sont valables pour eux aussi bien que contre eux : cela a été jugé à l'occasion d'un agent de change. L'arrêtiste résume ainsi la solution que nous allons transcrire :

« Les opérations de commerce ou de banque, que les agents de change ou courtiers font, pour leur propre compte, nonobstant la prohibition des lois, ne sont pas nulles. — Les obligations de ceux qui ont contracté avec eux, à raison de ces transactions, doivent être exécutées [1].

3. Les choses ne doivent jamais être poussées à l'extrême. — Ce que la loi défend, dans les circonstances que nous venons de rappeler, c'est une concurrence trop facile, c'est la profession du commerçant ; des actes isolés et passagers, rendus nécessaires par les besoins naturels de la vie, ne constitueraient pas la violation dont nous avons parlé. — Par exemple, l'agent de change, auquel la loi interdit les opérations de change, ne commettrait pas une infraction à cette règle en recevant ou en tirant un effet de commerce sur son débiteur. — Le préfet ne serait pas en faute non plus en vendant les denrées qu'il tire de sa propriété.

C'est en ce sens que l'on a jugé que l'acquisi-

---

[1] Cass., 17 mars 1810 (S.-V., 10, 1, 240.)

Il n'est pas interdit à un agent de change de faire des avances de fonds à ses commettants, en supposant que cette prohibition existât, elle ne pourrait néanmoins avoir pour effet de priver l'agent du droit de répéter, par voie d'actions, le montant de ses avances. (Brux., 13 août 1839, *J. de Br.*, 1840, page 115.)

tion faite par un agent de change, à titre de placement sérieux, d'actions commerciales, devant rester et restant constamment entre ses mains, ne constitue pas une opération commerciale, prévue par l'art. 85 du Code de comm. [1].

4. Au surplus, l'administration publique et les tribunaux apprécieraient, suivant les faits et les intentions, les actes qui pourraient survenir et qui seraient argués de ce caractère d'illégalité.

CHAPITRE II.

Des obligations générales imposées aux commerçants.

SOMMAIRE.

1 et 2. Le plan de l'ouvrage ne permet pas de développer les droits et les devoirs des commerçants : il suffit de les énoncer rapidement.
3. 1° *Patente* : législation et questions relatives à ce sujet.
2° *Publication des conventions matrimoniales.*
3° *Tenue des livres.*—Utilité des écritures : législation, jurisprudence et usages qui s'y réfèrent.
4° *Inventaires.*
5° *Déclaration de cessation de payement : dépôt du bilan.*
6° *Publication des actes de société.*

1. Les commerçants sont les justiciables naturels des tribunaux de commerce, établis dans leur intérêt. A ce titre, il est indispensable de jeter un coup d'œil rapide sur leurs devoirs et sur leurs droits; mais nous ne saurions l'oublier, la pensée fondamentale de ce livre étant de mettre en relief l'organisation et la compétence de la juridiction consulaire, nous ne pourrions, sans sortir de notre sujet, traiter avec détails les éléments accessoires qui s'y rattachent. — Ces éléments, nous devons les énoncer sans leur donner du développement. — Tel sera l'objet de ce chapitre et des deux chapitres suivants.

2. Toute profession entraîne des devoirs. — L'exercice du négoce touche à tant d'intérêts, se lie si intimement à la fortune publique, que, plus que tout autre, le commerçant est soumis à l'accomplissement de rigoureuses obligations. Sans prétendre ici les rappeler toutes, voici les principales :

3. 1° *Patente* [2].—Tout commerçant doit être patenté [3]. — Le défaut de patente ne frappe d'aucune incapacité, ne vicie pas les actes faits au mépris de cette loi fiscale [4]. — D'après la loi du 17 mars 1791, tout commerçant qui n'avait pas de patente était condamné à l'amende du quadruple du droit et à la confiscation des marchandises fabriquées ou mises en vente; et tout patenté avait qualité pour requérir la saisie des effets du contrevenant. — La loi du 1er brumaire an 7 a modifié ce système : l'administration elle-même recherche et taxe les patentables ; la présomption est qu'elle n'oublie personne, et les dispositions coërcitives ont été modifiées. — Il faut excepter le trafic *des marchandises exposées en vente,* contre lequel la confiscation est maintenue.

Nul patenté ne peut former de demande, intervention, ou signification par acte extrajudiciaire, relatives à son commerce, sans énoncer sa patente, à peine de 500 francs d'amende. — Les fonctionnaires publics qui ont fait ou reçu ces actes sont tenus solidairement de cette amende. — La présentation de la patente ne remplacerait pas l'énonciation et ne dispenserait pas de l'amende.

La patente se compose d'un droit fixe et d'un droit proportionnel. — Le droit fixe est gradué en sept classes. — Le droit proportionnel est du dixième de la valeur locative.

La patente sert pour tout le royaume. — Elle se prend au lieu où est le siége principal du commerce : lorsqu'un individu a plusieurs établissements, il paye suivant le tarif du lieu où le droit est le plus élevé.

De simples gérants d'une maison de commerce, même lorsqu'ils reçoivent un certain

[1] Cass. 20 janv. 1843 (S.-V., 43, 1, 225.)
[2] *Voy.* les lois des 2-17 mars 1791; — 1er brumaire an 7; — 25 mars 1817, art. 56 à 70; — 15 mai 1818, art. 52 à 66; — et 17 juillet 1819, art. 20 et 21. — La chambre des députés vient, dans la session de 1844, d'adopter un projet de loi qui va sans doute être porté à la chambre des pairs.
[3] Brux., 16 avril 1829; *J. de Br.*, 1829, 2, 34.
[4] Ce n'est pas la patente qui constitue le commerçant. (Brux., cass., 15 janv. 1842; *J. de Br.*, 1842, page 70.)

intérêt dans les bénéfices, doivent être considérés comme les mandataires et non comme les associés. En conséquence, ils ne sont pas soumis à la patente.

Une ordonnance du conseil d'État, du 20 janvier 1819, admet cette solution. [1]

2° *Publication des conventions matrimoniales.* — Sur ce point le Code de commerce contient les dispositions suivantes :

« Art. 65. Toute demande en séparation de biens sera poursuivie, instruite et jugée conformément à ce qui est prescrit au Code civil, liv. III, tit. V, ch. 2, sect. 3, et au Code de procédure civile, 2e part., liv. Ier, tit. VIII.

» 66. Tout jugement qui prononcera une séparation de corps ou un divorce entre mari et femme, dont l'un serait commerçant, serait soumis aux formalités prescrites par l'art. 872 du Code de proc. civ.; à défaut de quoi les créanciers seront toujours admis à s'y opposer, pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite. »

L'art. 872, dont est parlé, dit : « Le jugement de séparation sera lu publiquement, l'audience tenante, au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a : extrait de ce jugement, contenant la date, la désignation du tribunal où il a été rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux, sera inséré dans un tableau à ce destiné, et exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il ne sera pas négociant; et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait sera inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires, s'il y en a. La femme ne pourra commencer l'exécution du jugement que du jour où les formalités ci-dessus auront été remplies, sans que néanmoins il soit nécessaire d'attendre l'expiration du susdit délai d'un an.

» Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'art. 1445 du Code civil. »

Voici cet art. 1445 du Code civil : « Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique, par l'affiche sur un tableau à ce destiné, dans la principale salle du tribunal de première instance, et de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans celle du tribunal de commerce du lieu de son domicile, et ce, à peine de nullité de l'exécution. »

En outre, le Code de commerce ajoute :

« Art. 67. Tout contrat de mariage entre époux, dont l'un sera commerçant, sera transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même article. Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.

» 68. Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage, sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion.

» 69. L'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce ; à défaut de cette remise, il pourra être, en cas de faillite, considéré comme banqueroutier simple.

» 70. La même remise sera faite, sous les mêmes peines, dans l'année de la publication de la présente loi, par tout époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui, au moment de ladite publication, exercerait la profession de commerçant. »

3° *Tenue des livres* [2]. — L'obligation de tenir des livres est de la plus haute importance et remonte aux temps les plus anciens. Cicéron, dans son Discours pour Roscius, disait : « Les livres sont les dépositaires de la bonne foi, de la religion, de la conscience, de la réputation du marchand. » Il nous apprend qu'à Rome les marchands en devaient avoir deux : l'un s'appelait *adversaria*, à cause de la diversité des choses qui s'y trouvaient inscrites ; il répondait à ce que nous appelons le *brouillard*, et devait être mis au net tous les mois. (Loi 16, Cod., *de fid. instrum.*) — L'autre était nommé *codex*, et correspondait à notre *grand livre*. Il se formait sur les éléments fournis par l'*adversaria* remis au net, c'est-à dire sur le *journal*.

Les écritures du commerçant doivent être le miroir fidèle de ses opérations ; il faut qu'elles permettent au public, à la justice, à lui-même, de se rendre un compte exact de sa situation active et passive. Un grand intérêt l'engage à l'accomplissement de ce devoir. Comme le dit Boucher : « Les livres du négociant et sa cor-
» respondance sont le signe et la preuve incon-
» testables de sa probité et de sa bonne foi,
» comme de ses talents pour le commerce... Il
» n'arrive jamais à un négociant, qui tient, par
» l'exactitude rigoureuse de ses écritures, ses
» affaires dans un grand ordre, de trouver sa
» fortune entière embarrassée, ou son état com-

---

[1] (S.-V., 19, 2, 300.)

[2] Suivant les Codes *espagnol*, *hollandais*, *portugais*, *de Wurtemberg*, *hongrois*, *prussien*, *russe*, et suivant l'ordonnance de *Bilbao*, les commerçants sont également tenus d'avoir des livres, qui font foi en justice, quand les formalités légales ont été accomplies. (A. de St-Joseph, *Concordance des Codes de comm.*, pages 4 et suiv.)

a promis, par quelque orage que ce soit. » (*Science des négociants*; épigraphe tirée du livre intitulé : *Les intérêts des nations*, tome II, page 192.)

La commission chargée de rédiger le projet du Code, expliquait aussi, dans son discours préliminaire, le système de la loi sur les livres de commerce. Voici comment elle s'exprimait : « La conscience du commerçant est écrite dans ses livres; c'est là qu'il consigne toutes ses actions. Ils sont pour lui-même une sorte de garantie; c'est par ses livres qu'il se rend compte du résultat de ses travaux. Lorsqu'il a recours à l'autorité du magistrat, c'est à sa conscience qu'il en appelle; c'est à ses livres qu'il s'en remet. Si la loi admet ce titre en sa faveur, il faut qu'elle en assure la légitimité; les précautions qu'elle prend pour lui donner toute l'authenticité qu'il peut avoir sont à l'avantage du commerçant.

» Les transactions du commerce se succèdent et se multiplient avec une si grande rapidité, qu'elles ne laissent souvent aucune trace qui puisse les caractériser. Lorsqu'il s'élève des contestations, il faut que la conscience du juge soit éclairée; c'est alors que les livres sont nécessaires, puisqu'ils sont les seuls confidents des actions du commerçant.

» Lorsque des revers réduisent le commerçant à implorer la clémence de ses créanciers, c'est par ses livres qu'il justifie sa conduite; c'est dans ses livres qu'ils peuvent trouver les preuves de ses malversations ou les preuves de son innocence. (*Discours préliminaire du projet du Code de commerce*, Thieriet, *Corps de droit comm.*, page 98.)

Malgré le principe du droit commun, qui n'admet pas qu'un individu puisse se créer un titre à lui-même, les tribunaux l'ont autorisé à déférer le serment et à puiser dans ce fait personnel une preuve inattaquable. — Des livres de commerce, écrits jour par jour avec régularité et bonne foi, offrant des constatations matérielles, méritent une confiance plus grande que des souvenirs incertains que le temps a parfois altérés. — C'est pour cela que l'art. 12 du Code de comm. déclare que : « les livres de » commerce, régulièrement tenus, peuvent être » admis par le juge pour faire preuve entre » commerçants, pour faits de commerce. »

La production de ces livres offre d'autant moins de dangers, que les deux parties étant commerçantes, peuvent, au moyen d'une confrontation de leurs écritures respectives, établir un contrôle réciproque, édifier les tribunaux et démontrer de quel côté se trouve l'erreur ou le droit.

A ce sujet nous ferons quatre remarques :

1° Les juges peuvent accueillir les registres comme preuve, mais ce n'est point une obligation pour eux. Il est laissé à leur pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou de refuser la représentation des livres de l'une des parties, alors même que l'autre partie l'a demandée, en offrant d'y ajouter foi [1].

« Attendu, dit ce dernier arrêt, que les dispositions du Code de commerce, qui concernent la représentation des livres des négociants sont purement facultatives; que la loi abandonne à la prudence des juges l'appréciation des circonstances qui peuvent en faire admettre ou refuser la communication, et que leur décision à cet égard ne saurait présenter un moyen de cassation, etc. [2]. »

2° Que cette preuve ne peut être admise qu'entre commerçants et pour faits de commerce, et non contre de simples particuliers, ou à l'occasion d'actes étrangers au commerce [3].

3° Que cette foi, accordée en justice aux livres reguliers, ne serait pas due aux écritures irrégulières. (Art. 13, Code de comm.)

4° Enfin, que les livres d'un commerçant font foi contre lui, en faveur de tout le monde, car il a dû y transcrire toutes ses opérations commerciales et toutes ses affaires privées.

La production des registres d'un commerçant peut avoir lieu devant les tribunaux dans trois circonstances, qu'il faut également préciser :

1° Si une partie *offre* cette production, refusée par l'autre partie, le tribunal en examine l'opportunité;

2° Si une partie *demande* cette production, elle doit offrir d'y ajouter foi : le refus de l'autre partie d'obtempérer à cette réquisition autorise le juge à déférer le serment. (Art. 17 du Code de comm.)

3° Dans le cours de l'instance, le juge peut d'office ordonner l'apport des registres, se réservant de statuer ensuite ainsi qu'il avisera. (Art. 15 du Code de comm.)

Remarquons ici que l'apport des livres ne peut devenir un moyen détourné de violer le secret du commerce, et qu'on ne doit en extraire que ce qui a rapport au différend. La loi n'a voulu ni pu vouloir qu'à l'occasion d'un point litigieux une partie, souvent malintentionnée, pût pénétrer dans l'examen de toutes les affaires de son adversaire, et s'attribuer

[1] Cass., 20 août 1816 (S.-V., 19, 1, 236.)—Cass., 4 fév. 1828 (S.-V., 28, 1, 99) — Brux., 4 oct. 1823; *J. de Br.*, 1823, 121, 287. — Pardessus, n° 258.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Endoss.*, n° 3.—Pardessus, *Contrat de change*, n°s 82 et 204.—E. Vincens, tome II, page 229. — Horson, tome II, quest. 92.— Persil, *Lettre de change*, note sous l'art. 137, n° 8.—Teulet, note 11, sous l'art. 17 du Code de comm.

[3] Boncenne, tome II, page 109, n° 228 (Édit. de la Soc. typ.); mais *voy.* Toullier, tome IX, n° 70. Les registres des marchands peuvent servir d'adminicule contre des personnes non marchandes. (Brux., cass., 12 fév. 1822; *J. de Br.*, 1822, 1, 50, *Pasicrisie*, à cette date.)

ainsi la facilité de faire dégénérer en abus un utile moyen d'instruction.— Néanmoins, dans les affaires dont il faut saisir l'ensemble, en matière de succession, communauté, partage de société, ou de faillite, la communication complète peut être ordonnée en justice. (Article 14, Code de comm.)

Un autre intérêt découle pour le commerçant de la tenue de livres réguliers.— Une des plus grandes erreurs qui aient cours dans le monde commercial, c'est l'espérance de relever des affaires en voies de mauvaise fortune. Lorsque la gêne se fait sentir, lorsque des échecs réitérés sont venus atteindre le commerçant, lorsqu'il a absorbé la majeure partie de son capital, au lieu de s'arrêter, et d'offrir à ses créanciers les débris de son actif, il s'efforce de prolonger un état de choses qui doit, en dernière analyse, amener un désastre complet. Pour parer aux besoins du moment, il emprunte à gros intérêts : il guérit une plaie en en ouvrant une plus profonde : la dette s'accroît de tout le poids de ses emprunts ruineux; et, quand cette extrême et factice ressource vient à lui manquer, tout son avoir se trouve englouti, et ses créanciers n'ont à espérer qu'un dividende illusoire.— Des registres exactement tenus, des balances régulièrement faites, éclairent le négociant sur sa situation réelle, lui enseignent s'il doit modifier ses opérations, lui disent à quel moment il doit y mettre fin, et lui permettent de parer ou d'amortir le coup qui vient le frapper.

Enfin, pour la justice, pour le public, c'est aussi un besoin que la représentation d'écritures régulières. — Si, malgré son intelligence et son activité, le commerçant a dû subir les chances de la mauvaise fortune, les tiers intéressés, les tribunaux convaincus de sa bonne foi, accordent au malheur les égards et la protection dont la mauvaise foi et le désordre ne sauraient être dignes.

C'est par ces motifs que la loi s'est montrée sévère contre le négociant qui a méconnu ses prescriptions sur ce point. Tout commerçant qui n'aura pas tenu de livres, celui dont les livres incomplets ou irréguliers n'offriront pas sa véritable situation active ou passive, *pourra*, quoiqu'il n'ait pas eu d'intentions frauduleuses, être déclaré banqueroutier simple. (Art. 586, Code de comm.) Si tous ces faits ont été accomplis avec un esprit de fraude, le commerçant *devra* être poursuivi comme banqueroutier frauduleux. (Art. 591, Code de comm.)

En cas que les livres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire. (Art. 16, Code de comm.)

Voici maintenant quelles sont les conditions de régularité prescrites par la loi. — L'art. 11 exige que tous les livres soient cotés, parafés et visés par un des juges des tribunaux de commerce, par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais. — De plus, le *livre journal* et le *livre des inventaires* seront parafés et visés une fois par année.

Quoique les livres doivent être régularisés *sans frais*, les art. 12 et 24 de la loi du 13 brumaire an 7 exigeaient le timbre, qui devait être apposé sur les registres tenus jour par jour; le droit à payer était de 20 c. par chaque feuille recto et verso de petit ou moyen papier; de 30 c. pour le grand papier; de 50 c. pour tout registre de dimension supérieure.

Aujourd'hui, tous les livres de commerce sont dispensés du timbre [1]. L'art. 4 de la loi du 20 juillet 1837, portant fixation du budget de 1837, dispose :

« A partir du 1er janvier 1838, il sera ajouté » trois centimes additionnels au principal de la » contribution des patentes, pour tenir lieu du » droit de timbre des livres de commerce, qui en » seront alors affranchis. Aucune partie de ces » trois centimes additionnels n'entrera dans le » calcul de la portion du droit de patente, qui » est attribué aux communes. »

Le Code de commerce n'ordonne impérativement que la représentation de trois livres, 1° le livre journal; — 2° le livre des inventaires; — 3° le livre de copies de lettres.

Le *livre journal* doit présenter, jour par jour, les dettes actives et passives, les opérations de commerce, les négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce que le commerçant reçoit et paye, à quelque titre que ce soit. Enfin, il doit énoncer, mois par mois, les sommes employées à la dépense de la maison. (Art. 8, Code de comm.)

Les lettres que reçoit le commerçant et celles qu'il écrit, offrent le tableau de ses engagements et de ceux de ses correspondants : ce sont des archives où chacun peut trouver d'utiles renseignements, souvent même des preuves positives. — L'art. 8 a donc prescrit une mesure utile lorsqu'il a enjoint au commerçant de mettre en liasses les lettres reçues par lui, et de copier exactement sur un registre celles qu'il envoie.

A l'appui des livres, il est bon de pouvoir représenter les pièces comptables; aussi les commerçants exacts ont le soin de garder les factures et quittances qui confirment leurs constatations.

La minute des lettres produites en justice doit, suivant l'art. 12 de la loi de brumaire an 7, être timbrée.

En dehors des livres que nous venons d'examiner, et que la loi déclare indispensables, il en

[1] Loi belge du 31 mai 1824, art. 9.

est d'autres que les commerçants éclairés ont le soin de tenir, pour s'aider dans leurs recherches, et qui tous doivent concorder avec le journal, auquel toutes les opérations doivent être ramenées. On les appelle *auxiliaires* ou *les livres de raison*. — Les plus usités sont :

Le *livre de caisse*, qui présente le mouvement des espèces, ce que la caisse reçoit ou paye en numéraire.

Le livre *des entrées et sorties de marchandises*, qui, en ce qui concerne les marchandises, est le pendant du livre de caisse ; il indique toutes les marchandises achetées et entrées, et celles vendues et sorties.

Le *grand livre*, appelé par les Italiens *maître-livre*. — C'est un registre sur lequel se trouve transcrit le compte particulier de chaque personne qui traite avec la maison, ou de chaque chose qui compose cette maison. — Ces divers comptes sont classés ordinairement par lettre alphabétique, et un répertoire indique le folio où l'on doit les trouver. — Les blancs nombreux qui se rencontrent sur le grand livre, permettant les altérations, c'est l'auxiliaire qui mérite le moins de confiance, et lorsqu'il donne une indication, il importe de vérifier dans le journal si elle est parfaitement exacte.

Carnet *des effets à recevoir*. — Celui *des échéances*. — Celui des *traites et billets*. Ces registres ont un grand intérêt, car ils sont en quelque sorte les annexes de la caisse; les effets de commerce sont une monnaie et valent des écus.

Le livre *des achats et ventes*, où l'on mentionne les factures remises par les tiers pour marchandises achetées et les factures délivrées à ceux à qui on a vendu.

Le *brouillard*, sur lequel on jette en ébauche les opérations qui doivent figurer sans rature et sans blanc sur le journal.

Puisque je suis entré dans quelques détails pratiques, il n'est pas sans intérêt de donner la clef de certaines expressions qu'emploient les teneurs de livres.

Crédit et *créditeur*, *débit* et *débiteur*, *doit* et *avoir*, *actif* et *passif*, sont les mots sur lequels repose tout le système des écritures commerciales.

Toute comptabilité tenue en partie double se compose d'éléments qui s'équilibrent l'un par l'autre. Au lieu de se mettre constamment en scène, de comprendre dans un compte général tous les articles de ses transactions, le commerçant fait tour à tour subir son examen aux diverses personnes ou aux diverses choses qui composent sa maison; il isole chacun de ces éléments et lui ouvre un compte particulier. Puis, lorsqu'il veut embrasser d'un coup d'œil l'ensemble de sa position, négligeant les détails, il voit les résultats que chaque être réel ou moral a produits.

Ainsi, par exemple, appelle-t-il *fonds d'établissement* l'objet qu'il exploite? Il le débite, par le mot *Doit*, de tout ce qu'il a coûté; il le crédite, par le mot *Avoir*, de tout ce qu'il contient, et il fait la balance. — Veut-il établir le compte de tel individu; de Paul? Il le débite de l'argent, des marchandises, ou des effets qui lui ont été remis : il le crédite de l'argent, des marchandises, ou des travaux qu'il a effectués, et il balance le débit et le crédit. — Désire-t-il constater l'état de la caisse? Il la débite d'abord du capital qu'il y a versé, puis des sommes qu'elle a successivement reçues; il la crédite de tout ce qu'elle a payé, et il fait la balance. — Quand il a agi ainsi pour chaque chose, ou pour chaque personne; quand il a relevé son *compte particulier*, celui des *frais généraux*, *des profits et pertes*, *des ustensiles de commerce*, s'il ne les comprend pas dans le fonds d'établissement; *des dépenses de ménage*, s'il ne les comprend pas dans son compte particulier; de chacun de ses *correspondants*, *de ses marchandises*, *de ses effets à payer ou à recevoir*, rien n'est plus facile pour lui que de faire avec certitude et rapidité le relevé général des résultats produits par ses opérations. — C'est surtout le compte *profits et pertes* qu'il doit consulter; car, comme le dit Boucher, *Science des négociants*, page 154, ce compte est le thermomètre de la fortune du marchand : il sert à lui faire connaître celles et ceux qu'il a faits.

Il ne peut entrer dans mon intention de développer ici une théorie sur les diverses méthodes de tenue de livres, mais il était utile de dire ces quelques mots, sur lesquels reposent les notions préliminaires.

L'art. 11 du Code fait un devoir aux commerçants de conserver leurs livres pendant dix ans; mais comme il n'a point été établi de prescription particulière pour les affaires commerciales, ce serait une imprudence de ne pas les garder pendant trente ans. — Un arrêt du 24 juin 1828, de la cour de Caen (S.-V., 30, 2, 157), a décidé que l'obligation de représenter les livres après les dix ans, subsistait encore si l'existence de ces livres était démontrée.

Quand un négociant a intérêt à faire constater la régularité de ses écritures et la sincérité des extraits qu'il en délivre, il présente une requête au président du tribunal de commerce, lequel désigne un juge chargé d'en faire la vérification. Voici le certificat qui est délivré par ce magistrat, après son examen :

« Nous, juge au tribunal de commerce ;

» Vu l'ordonnance de M. le président par
» laquelle nous avons été commis à l'effet d'exa-
» miner les livres des sieurs......, négociants, et
» de certifier la véracité et l'exactitude de l'ex-
» traits desdits livres ;

» Après un examen attentif, nous avons re-
» connu que les livres de ces négociants sont
» régulièrement tenus, sans ratures, surcharges,
» ni interlignes, et que l'extrait ci-dessus tran-
» scrit est textuellement copié sur le livre jour-
» nal, à la date indiquée et constate que.........

» En foi de quoi nous avons délivré le présent » pour servir et valoir ce qu'il appartiendra.

» Paris, le......... »

Signature.

(Timbre du tribunal.)

(Légalisation.)

4° *Inventaires.* — Quelquefois le dépouillement des écritures demande un travail approfondi. — Pressé par des opérations nombreuses, le négociant pourrait rester longtemps sans se livrer à cette investigation. — Pour abréger sa tâche, pour l'éclairer, pour qu'il ne puisse prétexter cause d'ignorance, le législateurs prescrit une mesure accessoire dont l'utilité est grande. — Une fois au moins tous les ans, le commerçant est tenu de faire, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers et de ses dettes actives et passives. — Cet inventaire doit être copié, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. (Art. 9, Code comm.)

L'ordonnance de 1673 exigeait inventaire tous les deux ans seulement, et ne commandait pas sa transcription sur un registre spécial : la mesure ordonnée par la loi moderne est plus sage et plus utile.

5° *Déclaration de cessation de payement; dépôt du bilan.* — Tout failli est tenu, dans les trois jours de la cessation de ses payements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce de son domicile. — Le jour de la cessation des payements est compris dans les trois jours. (Art. 438 du Code de comm.)

Cette déclaration du failli doit être accompagnée du dépôt du bilan, ou contenir l'indication des motifs qui empêchent ce dépôt. — Le bilan doit contenir l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, l'état des dettes actives et passives, le tableau des profits et pertes, le tableau des dépenses; il doit être certifié véritable, daté et signé par le débiteur. (Art. 439 du Code de comm.)

A défaut par le failli d'avoir fait lesdits dépôt et déclaration, il peut être déclaré banqueroutier simple. (Art. 586, Code de comm.)

6° *Publication des actes de sociétés.* — Les commerçants doivent publier les extraits de leurs actes de sociétés en nom collectif ou en commandite : cette publication est faite au greffe du tribunal de commerce du lieu où est établie la maison de commerce social ; elle est transcrite sur leur registre et affichée pendant trois mois dans leur salle des audiences. Si la société a *plusieurs maisons de commerce* situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait sont faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement. En outre, cet extrait est inséré, dans la quinzaine de la date de l'acte de société, dans un ou plusieurs journaux désignés tous les ans dans la première quinzaine de janvier, au chef-lieu du ressort, ou, à défaut, dans la ville la plus voisine par chaque tribunal de commerce. L'insertion est justifiée par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Ces formalités sont prescrites à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé à des tiers par les associés. (Art. 42, 43 et 44, Code de comm.)

CHAPITRE III.

Des obligations particulières imposées à certains commerçants.

SOMMAIRE.

Restrictions que l'on apporte à la liberté illimitée du commerce, dans l'intérêt du commerce lui-même.
1° Caisses d'épargne. — Tontines ;
2° Fabrication des poudres et salpêtres ;
3° Fabrication et vente des tabacs ;
4° Monopole des postes ;
5° Fabrication du sucre indigène ;
6° Entreprises de spectacles publics ;
7° Imprimerie ;
8° Garantie des bijoux ;
9° Diplômes aux professions libérales ;
10° Boulangers, bouchers ;
11° Établissements dans le Levant ;
12° Travail des enfants dans les manufactures. — Ateliers incommodes ou insalubres ;
13° Agents de change, commissaires-priseurs ;
14° Exercice de la régie ;
15° Mines et carrières. — Crieurs publics. — Pompes funèbres, etc., etc.

La liberté illimitée du commerce produirait les plus graves abus, conduirait aux plus funestes résultats ; de même que le commerce extérieur a besoin de trouver dans les tarifs des douanes une suffisante protection, de même des mesures d'ordre sont indispensables au maintien du commerce intérieur.

Ces mesures concernent l'intérêt public, l'intérêt privé ou l'intérêt du trésor. Nous allons rapidement esquisser les principales restrictions apportées au principe d'égalité consacré par la loi de 1791.

1° *Les banques publiques*, *caisses d'épargne*, *tontines en général*, touchent si intimement au crédit public et aux intérêts des classes pauvres, qu'on n'aurait pu sans imprudence les livrer sans contrôle aux inspirations de la spéculation privée ; elles n'existent légalement qu'à la condition d'être pourvues de l'autorisation de l'administration publique. (Arrêts du conseil des 3 novembre 1784 ; 27 juillet 1788 ; décret du 24 août 1793. — Avis du conseil d'État approuvé le 1er avril 1809.)

2° *La fabrication des poudres et salpêtres* intéresse si vivement la sûreté publique, que les lois des 30 août 1797, 12 février 1805 et 16 mars 1819 l'ont exclusivement réservée à l'État. Le débit n'en est même permis qu'à ceux qui sont munis d'une autorisation spéciale.

3° La même mesure a été prescrite en ce qui touche l'achat, la fabrication et la vente *des tabacs*, par les lois des 24 décembre 1814, 28 avril 1816, 28 avril 1819 et 17 juin 1824 [1].

4° La remise exacte des lettres est également un besoin d'ordre public. — Confier leur transport aux entreprises particulières, ce serait s'exposer aux mécomptes si fréquents produits par la concurrence ou la cupidité. C'est donc avec raison que les lois des 29 août 1790, 21 septembre 1792, 22 décembre 1797 et 17 octobre 1798, ont abandonné à l'État le *monopole des postes*. Sont exceptés de ce monopole les paquets d'un poids excédant un kilogramme, les papiers de procédure et ceux relatifs au service personnel des entrepreneurs de messageries. — En outre, les lois des 19 frimaire, 1er prairial an 7, attribuent aux maîtres de postes commissionnés le privilége des relais sur les routes.

5° Après avoir prodigué les encouragements et les récompenses aux fabricants du *sucre indigène*, qui était regardé comme un véritable bienfait pour l'agriculture, le gouvernement semble dominé par des intérêts d'un ordre plus élevé : il entrevoit aujourd'hui la perte de nos colonies, dont la conservation importe à la grandeur de notre marine, et, pour la maintenir intacte, il élabore un projet ayant pour but de restreindre dans le présent, et d'interdire dans l'avenir l'industrie sucrière en France.

6° La prospérité *des théâtres*, qui assure un délassement d'esprit aux habitants des villes, est utile à leurs intérêts. — Elle attire les étrangers, devient une occasion de dépenses et accroît ainsi le bien-être général. — Une concurrence sans limites entraînerait leur chute, et justifie la limitation de leur nombre. — Une autre considération milite en faveur de cette restriction. Des assemblées nombreuses, et sur lesquelles le jeu passionné des acteurs produit une si profonde impression, ne sauraient se multiplier sans porter atteinte à l'ordre public. — Le décret du 8 juin 1806 règle les conditions nécessaires pour que l'autorisation de créer des établissements de ce genre puisse être accordée. — En outre, l'art. 14 de ce décret interdit la représentation des pièces non approuvées par la censure [2].

7° Il est un autre moyen d'agir sur les masses : c'est l'imprimerie : *l'imprimerie* répand d'un bout du monde à l'autre, non-seulement les productions du génie, mais aussi celles qu'enfante l'esprit de parti. — Il est donc du devoir du législateur d'en régler l'exercice. C'est ce qu'ont fait les lois spéciales de *la presse, de l'imprimerie et de la librairie* [3].

8° La *garantie des bijoux* est assurée par une marque apposée par les préposés de l'administration : elle est ordonnée par la loi du 16 brumaire an 6, qui réprime les fraudes et contraventions commises à ce sujet.

9° Certaines professions ne peuvent être exercées que par des individus ayant subi les épreuves prescrites par la législation, et munis d'une *licence*. De ce nombre sont les professions d'*avocat*, *médecin*, *pharmacien*, etc., etc. — Comme la vente des remèdes est un objet de la plus haute importance, le nombre des pharmaciens est en outre limité.

10° Il est de même pour les *boulangers, bouchers*, etc., qui fournissent aux premières nécessités de la vie.

11° L'ordonnance de 1781 avait interdit aux Français de former des établissements commerciaux dans les Échelles du Levant sans autorisation préalable du roi. — Cette défense a été renouvelée par le décret du 4 messidor an 11 : le motif de cette disposition est que la création de maisons de commerce, dans des pays qui diffèrent du nôtre par les lois, les mœurs, la religion, rend légitime une grande réserve et une surveillance assidue.

12° Des lois et règlements d'administration publique règlent *le travail des enfants dans les*

[1] Ces deux industries ne sont soumises à aucune restriction en Belgique, sinon à celles résultant des exigences d'une bonne police.

[2] *Voy.* l'arrêté belge du 20 oct. 1830.

[3] Il n'y a en Belgique qu'une loi sur la presse ; la librairie et l'imprimerie ont été affranchies de toute entrave.

manufactures; les ateliers incommodes ou insalubres; la zone dans laquelle il est interdit de former des établissements dans les *départements frontières;* les obligations des *orfèvres, graveurs sur métaux, fourbisseurs*, etc., etc.

13° Dans l'intérêt des transactions et de la propriété, un sage monopole a été concédé aux *agents de change, notaires, commissaires-priseurs*, etc., etc.

14° Les marchands de vins et de spiritueux, les fabricants de sucre, certains manufacturiers, dont les marchandises ou produits servent d'assiette aux contributions indirectes, sont soumis *aux exercices* des proposés chargés d'assurer la rentrée des impôts.

Nous pourrions ajouter à cette nomenclature les professions ou exploitations soumises à des mesures de police, par exemple : *les crieurs publics, l'exploitation des mines et carrières, les entreprises de pompes funèbres, les étalages sur la voie publique, la circulation des voitures*, etc., etc. ; mais il ne saurait entrer dens notre cadre d'étendre cette nomenclature; il nous suffit d'avoir indiqué les principales professions dont l'exercice ou le développement font naître des obligations particulières.

CHAPITRE IV.

Des droits conférés aux commerçants.

SOMMAIRE.

Juridiction commerciale. — Contrainte par corps.
Droits politiques conférés par la patente.
Pairie.
Les opérations du commerce sont une propriété particulière dont il faut respecter le secret. — Jugement du tribunal de commerce de Paris.
Faillite.

Le commerce rapporte au pays tant et de si beaux avantages, impose à ceux qui l'exercent tant et de si lourds fardeaux, qu'il était de l'équité la plus vulgaire de leur accorder de légitimes immunités. Il ne suffit pas d'entourer la profession, en général, d'encouragements et d'égards, de créer en sa faveur un ministère et des administrations spéciales, il faut encore faire rejaillir, en particulier, sur les membres de cette grande famille une partie de cette faveur.

Au surplus, soyons justes, la loi vient largement en aide aux commerçants, et grands sont les privilèges qu'elle leur concède. — Le premier de tous, c'est le droit d'être jugés par leurs pairs, par une juridiction active, intelligente, et que l'on peut aborder à peu de frais. — A côté de lui, se place le mode d'exécution des jugements rendus en juridiction consulaire. Alors que les contrats civils ne donnent que des voies limitées de contrainte, les obligations commerciales attribuent au commerçant le droit exorbitant d'aliéner la liberté des citoyens qui sont débiteurs.

D'un autre côté, si la patente est une charge pécuniaire, comprise dans les contributions qui composent le cens électoral et l'éligibilité, elle confère des droits politiques refusés à ceux qui n'ont pour toute fortune que leur intelligence.

Et puis, quand le travail a donné la fortune aux commerçants, la fortune leur donne les honneurs. La charte comprend en ces termes les commerçants au nombre de ceux qui peuvent aspirer à la dignité de la pairie :

« La nomination des membres de la chambre » des pairs appartient au roi, qui ne peut les » choisir que parmi les notabilités suivantes :

» Les présidents des tribunaux de commerce, » dans les villes de trente mille âmes et au- » dessus, après quatre nominations à ces fonc- » tions; . . . .

» Les propriétaires, les chefs de manufacture » et maisons de commerce et de banque, payant » trois mille francs de contributions directes, » soit à raison de leurs propriétés foncières, » depuis trois ans, soit à raison de leurs pa- » tentes depuis cinq ans, lorsqu'ils auront été » pendant six ans membres d'un conseil général » ou d'une chambre de commerce;

» Les propriétaires, les manufacturiers, com- » merçants ou banquiers, payant trois mille » francs d'impositions, qui auront été nommés » députés ou juges des tribunaux de commerce, » pourront aussi être admis à la pairie sans » autre condition. »

Les opérations de chaque commerçant sont un patrimoine particulier, qui ne saurait être livré à la publicité. Ainsi, même dans le but de faire connaître le cours des marchandises, on

commet un abus lorsque l'on publie le nom des commerçants et les transactions faites par eux [1].

Enfin, après avoir élevé les commerçants dans la prospérité, la loi leur tend une main secourable quand la fortune devient contraire. — A ceux que leur probité et leur bonne foi ne peuvent défendre contre de rigoureuses poursuites, le législateur offre l'extrême secours de la faillite, qui les met à l'abri de la contrainte par corps et qui assure leur tranquillité.

CHAPITRE V.

De la qualité de commerçant donnée ou prise dans des contrats, des actes extraordinaires ou des jugements.

SOMMAIRE.

1. Position de la question; sa gravité.
Bonvot, Jousse, Toubeau et Rogue attestent que l'individu qui avait pris la qualité de commerçant ne pouvait plus la décliner. —Déclaration du 18 février 1578.
Merlin et Despréaux critiquent cette décision.
Nécessité d'établir d'abord une distinction entre la compétence des tribunaux de commerce et la contrainte par corps.
2. La compétence commerciale justifiée dans le cas où la qualité de commerçant a été prise dans un contrat.
3. De même, dans le cas où la qualité est donnée dans un acte extrajudiciaire signifié, sans désaveu, à la requête de celui qui vent plus tard contester.
4. De même, dans le cas où l'attribution est faite dans un jugement ou dans un arrêt. — Néanmoins, l'effet de ce jugement est restreint à l'espèce dans laquelle il est intervenu.—Arrêt de la cour de cassation.
5. Les tiers ne sont pas liés par les déclarations faites par leur débiteur; ils sont admis à les contester. — Arrêt de la cour de cassation.
6. En matière de contrainte par corps, les qualifications données ou prises peuvent toujours être contestées.
7. Exposé de la jurisprudence.

1. *Une personne prend la qualité de commerçant dans un contrat signé par elle; cette qualité lui est donnée par des exploits extrajudiciaires signifiés à sa requête, ou bien elle lui est attribuée par des jugements et arrêts : quels seront les effets de cette qualité, en ce qui touche la compétence des tribunaux de commerce ou la contrainte par corps?*

Cette question est grave, car, ainsi que le disaient les anciens auteurs, pour gagner, tout le monde veut commercer et négocier, mais presque personne ne veut payer ni être poursuivi par les rigueurs des juridictions consulaires. La difficulté mérite donc un sérieux examen.

Sous l'ancienne législation, elle avait attiré l'attention des jurisconsultes. — Bouvot, en ses *Arrêts*, tome II, au mot *Juge-Consul*, rapporte un arrêt du 8 août 1616, qui décide que les juges-consuls peuvent connaître des causes, dès qu'un homme a pris la qualité de marchand, quoiqu'il ne le soit pas, et que son dol ne lui permet pas de décliner la juridiction consulaire. — Jousse, dans son *Commentaire sur l'art. 1er du tit. XII de l'ordonnance de* 1973, page 296; Toubeau, dans ses *Institutes du droit consulaire*, chap. 2, page 274, et Rogue, tome Ier, n° 15, page 13, rapportent cette opinion et paraissent l'accueillir. — Pour l'appuyer, on citait en outre la déclaration du 18 février 1578, et le règlement du conseil du 23 décembre même année, disposant que ceux qui, dans leurs cédules, obligations ou contrats, prenaient la qualité de marchand et promettaient de payer aux foires de Lyon, ne pouvaient s'aider de leur *committimus* pour se soustraire à la juridiction du conservateur de ces foires, à laquelle ils étaient soumis. — Ce dernier monument de législation ne fournissait pas un texte parfaitement applicable. La conservation de Lyon avait en effet des attributions plus étendues que celle des juges-consuls, et, d'ailleurs, la stipulation du payement en foire donnait à l'engagement un caractère véritablement commercial. — Toutefois, on ne saurait le méconnaître, les motifs de ces lois reposaient sur un ordre d'idées analogues, et, si elles ne décidaient pas complètement la question, elles devaient être prises en considération.

Merlin, dans son *Répertoire*, v° *Consul des marchands*, § 2, page 15, critique d'après Guyot cette solution, parce que, dit-il, « comme les » citoyens ne peuvent directement intervertir

[1] Trib. de comm. de Paris, 30 oct. 1842 (S.-V., 43, 2, 121).

» l'ordre des juridictions, nous ne pensons » pas qu'ils soient les maîtres de le faire in- » directement par les qualités qu'ils pren- » nent. » — Despréaux, n° 524 bis, pense comme Merlin.

La difficulté ne nous paraît pas avoir été traitée avec le soin qu'elle mérite. Pour l'apprécier sainement, il est indispensable de la décomposer et de ramener chaque hypothèse aux principes qui lui sont applicables.

Avant toutes choses, séparons la contrainte par corps de la compétence, et occupons-nous d'abord de celle-ci.

2. L'incompétence des tribunaux existe à raison de la personne, ou à raison de la matière.

L'incompétence à raison de la matière est celle qui résulte de *la nature* de la contestation. Si cette contestation est renfermée dans un ordre de faits complétement étrangers à la juridiction saisie, l'incompétence peut être opposée en tout état de cause; elle repose sur des motifs d'ordre public, et, dans le silence des parties, le tribunal doit la prononcer d'office. (Art. 170 du Code de proc. civ.) — Ainsi, par exemple, si l'on soumet aux tribunaux criminels un procès civil, ou aux tribunaux civils une question criminelle ou administrative, ou enfin à la juridiction commerciale une question de droit purement civil, ces divers tribunaux se dessaisiront d'office et renverront les causes et les parties devant les juges compétents pour en connaître.

L'incompétence à raison de la personne n'est pas absolue; elle ne touche point à l'ordre des juridictions; établie dans l'intérêt particulier des individus, ils peuvent renoncer à s'en prévaloir, et, quand ils l'allèguent, ils doivent l'opposer comme exception dès l'ouverture de la procédure, *in limine litis*. (Art. 169 du Code de proc. civ.) Les juges ne peuvent la suppléer d'office. Elle consiste, ainsi que le mot l'indique, dans la qualité de la personne, abstraction faite de l'acte.

A cette première observation, joignons-en une autre, qui la complète. — La juridiction naturelle des commerçants, c'est le tribunal de commerce. Les obligations souscrites par eux sont présumées faites pour leur commerce, et pour détruire cette présomption, il faut qu'ils démontrent, si l'acte ne le dit textuellement, que la cause du contrat fut étrangère à leurs opérations habituelles. — Ainsi, le négociant assigné devant la juridiction commerciale, ne pourra la répudier qu'en justifiant du caractère purement civil du débat. — Si ce caractère civil apparaît clairement, les juges de commerce seront tenus d'office de se déclarer incompétents à raison de la matière. Au contraire, le non-commerçant appelé devant la juridiction commerciale, aura le droit de proposer le renvoi fondé sur sa seule qualité, sans être astreint de justifier de la cause du titre par lui souscrit. Pour obtenir la retenue de l'affaire, son adversaire sera tenu de prouver que l'obligation a une cause commerciale, et faute d'administrer cette preuve, le déclinatoire sera accueilli, car la présomption milite pour le défendeur.

Cela expliqué, prenons la première espèce qui se présente. Un individu affecte la qualité de commerçant; sur la foi de cette qualité, on traite avec lui, on se livre à des opérations que l'on n'aurait point acceptées s'il eût déclaré sa véritable profession : il signe, comme commerçant, des engagements qui circulent dans le public, par exemple des billets à ordre, et rien n'y indique qu'il s'agit d'une convention purement civile.

Quels résultats découlent de ce fait? — C'est que vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec lui, il est assimilé au commerçant réel, pour tout ce qui touche à la *qualité de la personne*, pour tout ce qui ne heurtera pas une disposition d'ordre public. Ici, une distinction importante sera faite entre les droits auxquels il est licite de renoncer, et ceux que la loi oblige à conserver; entre les obligations auxquelles il est licite de se soumettre, et celles que l'on ne peut s'imposer.

Qu'un tel individu soit assigné devant le tribunal de commerce, quelle sera sa position? Pourra-t-il exciper de son fait personnel, dénier ses propres allégations, demander son renvoi comme non-commerçant, lui qui a signé de la qualité de commerçant? Une pareille atteinte à la morale publique serait une chose bien fâcheuse : *grave est fidem fallere*.

Mais, objecte-t-on, si vous n'admettez pas cette possibilité, vous intervertissez l'ordre des juridictions, et il n'est pas donné, même à une déclaration mensongère, de produire ce résultat! — Notre système ne va pas jusque-là. L'ordre des juridictions serait interverti si l'on attribuait à une juridiction exceptionnelle la connaissance de difficultés du droit commun; si l'on abandonnait aux juges commerciaux, la solution de litiges fondés sur des actes civils, et dont l'origine serait constatée. L'ordre des juridictions ne sera pas interverti lorsque l'on appellera *momentanément commerçant* l'individu qui a emprunté cette qualité; lorsqu'on lui fera, sur un seul point, la même part qu'un commerçant, lorsqu'on lui appliquera la compétence *à raison de la personne*. Au lieu d'être *présumé* avoir pris des engagements civils (comme cela fût arrivé s'il eût indiqué sa profession réelle), il sera *présumé* avoir souscrit des engagements commerciaux. — Au lieu de mettre la preuve à la charge de son adversaire, elle incombera à lui qui a créé contre lui une légitime présomption. — S'il démontre que l'acte n'est pas commercial, la présomption cessera et le tribunal accueillera l'exception, sous peine de commettre un excès de pouvoir. Si, au contraire, il ne fait pas cette démonstration, le tri-

bunal statuera légalement; car ayant devant lui un commerçant et un individu assimilé aux commerçants, la contestation sera revêtue d'une présomption de commercialité.

En thèse générale, la déclaration de la personne qui contracte ne peut lui constituer un titre, un droit; mais elle peut donner ouverture à des droits contre lui et l'assujettir à des devoirs. Sans doute, le mineur et la femme mariée ne rendraient pas valables leurs engagements au moyen de fausses déclarations, parce que l'incapacité, qui les frappe, est d'ordre public. — De même, la fausse déclaration d'un individu qui se donne la qualité de commerçant, ne saurait avoir pour conséquence de soumettre à l'appréciation des tribunaux de commerce des actes reconnus purement civils, parce qu'en cela on violerait également une loi d'ordre public, celle sur laquelle est fondée l'incompétence à raison de la matière; mais cette énonciation peut confier à l'examen de ces tribunaux des actes présumés commerciaux, parce que si, au fond, il devait y avoir incompétence, elle existerait à raison de sa personne, c'est-à-dire serait de la nature de celles qui, n'étant pas d'ordre public, peuvent être couvertes.

Si cette opinion n'était pas admise, si l'on ne devait considérer comme commerçant que ceux qui, en réalité et sérieusement, exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle, il faudrait aller jusqu'à dire que celui qui aurait pris une patente, qui l'aurait énoncée dans son obligation, ne serait pas lié par cette déclaration; il faudrait poser en principe que la foi publique peut être impunément trompée par d'indignes calculs.

3. La seconde hypothèse est celle où la qualité de commerçant, au lieu d'être prise personnellement, a été donnée par des actes extrajudiciaires.

L'huissier qui signifie un exploit, agit à la requête d'un individu, dont il a reçu mandat. Il doit, à peine de nullité, mentionner la profession du requérant. L'énonciation, ainsi faite, émane d'un officier public, ayant qualité pour la faire. — Or, comme le mandant est lié par les faits du mandataire, à moins que ce dernier n'ait excédé le mandat, ses déclarations feraient foi jusqu'à désaveu ou jusqu'à preuve qu'elles sont le résultat d'une erreur. Le silence serait une approbation, un aveu, une ratification tacites.

Si l'attribution de qualité avait été formellement connue, à plus forte raison elle devrait avoir tous ses effets. — Le système opposé éterniserait les procès, en permettant aux plaideurs de mauvaise foi de revenir sur des faits accomplis par eux ou en leur nom.

4. La troisième espèce présente encore moins de difficultés. — L'individu, qui, dans un acte, a pris la qualité de commerçant, est assigné à la requête d'un adversaire qui lui attribue de son côté ladite qualité, et il ne propose pas l'incompétence. Il est condamné; il laisse acquérir au jugement l'autorité de la chose jugée, ou bien, s'il interjette appel, il ne soumet pas la question à la cour royale, qui confirme la sentence des premiers juges.

Dans ce cas, sa position a été souverainement fixée. Les décisions judiciaires intervenues sont la loi des parties, qui ne peuvent plus s'y soustraire. Le recours en cassation ne serait même pas ouvert, par cette raison décisive que la qualité de commerçant donnée et reçue sans contradiction aucune, est devenue une constatation qui échappe à l'appréciation de la cour régulatrice.

Il faut en faire la remarque, les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent: ils sont pour les parties, *res inter alios acta;* ils constituent un préjugé dont tout le monde a le droit de s'emparer, mais ils ne forment point une règle inattaquable pour et contre ceux qui n'y ont pas figuré. Quel que soit le nombre de jugements attribuant à un individu la qualité de commerçant, cette qualité peut toujours, et par tous, être contestée, en dehors des procès antérieurement jugés. Les tiers qui voudront obtenir une condamnation contre un particulier, qu'ils appelleront commerçant, auront à démontrer, soit par ses actes, soit par ceux de ses mandataires, qu'il exerçait habituellement la profession alléguée. Dans les décisions de justice, ils puiseront des éléments utiles qui, joints à d'autres, seraient un puissant argument, sans constituer néanmoins une preuve complète.

C'est en application de ces principes qu'il a été jugé que: le jugement prononçant la contrainte par corps contre un débiteur auquel il attribue la qualité de commerçant, n'imprime pas à ce débiteur, d'une manière indélébile, cette qualité de commerçant; plus tard, il peut la contester, dans le but d'échapper à la déclaration de faillite poursuivie contre lui [1].

5. Si les principes de la morale publique s'opposent à ce qu'une personne puisse détruire le fait allégué par elle; si une ancienne maxime du droit déclare que *nemo auditur turpitudinem suam allegans;* si la qualification prise peut, à titre de sanction pénale, être considérée comme définitive, elle ne doit point créer un titre profitable à celui de qui elle émane; il faut toujours, et d'après les mêmes sentiments d'équité, admettre les tiers à contester ces déclarations, dont ils ne sauraient souffrir.

Par exemple, qu'un commerçant se qualifie de propriétaire, que sous le manteau de cette qualité, il se livre à des opérations de commerce, on pourra rendre aux faits leur vérité et lui attribuer son caractère réel. — Au contraire, qu'un individu non commerçant prenne le titre de commerçant; que, sous ce titre emprunté, il veuille profiter des priviléges conférés à ceux

[1] Cass., 4 mai 1842 (S.-V., 42, 1, 546).

qui font du négoce leur profession habituelle; qu'il cherche, par la faillite, à se mettre à l'abri de la contrainte par corps, les tiers auront le droit de lui arracher son masque et de lui enlever une qualité qu'il s'est donnée au moyen d'une fausse énonciation.— La cour de cassation, par son arrêt du 15 mai 1815 (S.-V., 15, 1, 356), a rendu hommage à ces principes.

6. Abordons maintenant les conséquences de ces qualifications, en ce qui touche la contrainte par corps.

Sur ce point, les principes nous amènent à un autre ordre d'idées.

La liberté des citoyens est chose trop précieuse, pour qu'on puisse la livrer à la merci des spéculations occultes. Si la loi, dans des cas donnés, et contre certaines personnes, a permis de l'aliéner, elle n'a ni voulu ni dû vouloir qu'on pût entendre indirectement cette grave exception à la liberté. Les commerçants, ou les débiteurs d'obligations commerciales, sont seuls contraignables par corps.

C'est bien assez, c'est trop peut-être que l'on ait attaché la contrainte par corps *contre toutes personnes*, à l'exécution du contrat de change, que l'on ait laissé cette porte ouverte aux abus. Combien de prêts usuraires s'accomplissent, au détriment de la tranquillité des familles, par la voie des lettres de change! Combien de fils de famille ou de débiteurs nécessiteux sont, par ce moyen, victimes de leurs passions ou de leurs besoins! C'eût été une grande imprudence que d'agrandir l'accès abandonné à la fraude. Si une qualification acceptée ou prise pouvait devenir la source d'une condamnation par corps, un nouvel appât serait offert aux habiles calculs de la cupidité.

Il ne saurait en être ainsi, et le législateur l'a bien senti. — Dans l'art. 2063 du Code civil, il déclare que, « hors les cas déterminés, ou qui » pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, » il est défendu à tous juges de prononcer la » contrainte par corps; à tous notaires et gref- » fiers de recevoir des actes dans lesquels elle » serait stipulée, et à tous Français de consentir » pareils actes, encore qu'ils eussent été passés » en pays étrangers; le tout à peine de nullité, » dépens, dommages et intérêts. »

De son côté, l'art. 6, complément de cette disposition, ajoute : « On ne peut déroger, par » des conventions particulières, aux lois qui » concernent l'ordre public et les bonnes » mœurs. »

C'est là un principe auquel on ne peut pas plus contrevenir indirectement que directement. Or, la qualification faussement prise, devant aboutir à ce résultat, serait entachée d'une évidente et radicale nullité.

Néanmoins, ainsi que le disait Merlin, vº *Consul des marchands*, pag. 16, et Despréaux, *Compétence des tribunaux de commerce*, nº 524 bis, ce fait établirait contre son auteur une présomption qu'il devrait détruire pour en éviter les effets. (*Voy.* Orillard, nº 154.)

7. Sur ce point, il ne nous reste plus qu'à analyser succinctement l'état de la jurisprudence [1].

La cour de Turin, par arrêt du 20 mai 1807 (S.-V., 7, 2, 672), a décidé que de ce qu'une personne s'est qualifiée de négociant dans les obligations qu'elle a souscrites, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'exécution de ses engagements doive être poursuivie devant les tribunaux de commerce, si, dans la réalité, le débiteur n'est pas commerçant. — En ce cas, les tribunaux doivent, au préalable, vérifier la profession du défendeur.

La cour d'appel de Paris a consacré le système contraire, à l'occasion d'un billet à ordre, par son arrêt du 28 juin 1813. (S.-V., 14, 2, 188.)

La même cour, par arrêt du 11 germinal an 11 (S.-V., 3, 2, 381. *Voy.* Orillard, nº 155), a jugé que celui qui, dans un exploit signifié à sa requête, prend la qualité de négociant, reconnaît par cela seul la compétence des juges de commerce, et n'est plus recevable à la contester.

La cour de cassation, rejetant un pourvoi contre un arrêt de la cour d'Orléans, du 27 août 1819, a décidé, le 27 mars 1821 (S.-V., 22, 1, 272. *Voy.* Orillard, nº 155), que l'individu non négociant, qui est qualifié négociant par son ad-

[1] Quelques actes de commerce passagers ne peuvent suffire pour faire considérer comme commerçant celui qui les a faits.

Et spécialement, le seul fait que dans l'espace de plusieurs années un individu aurait délivré quelques factures imprimées, exprimant la qualité de marchand, ne peut être considéré comme une preuve suffisante que ce même individu est commerçant.

L'émission et l'acceptation d'effets de commerce, même nombreux, ne peuvent, en l'absence de faits constitutifs de la profession de commerçant, établir l'existence de cette profession.

La qualification de marchand ou de négociant, exprimée dans des exploits, actes de procédure, protêts ou autres, ne peut être prise en considération, à l'effet de prouver que l'individu à qui cette qualification est donnée dans ces actes est réellement marchand ou négociant (Brux., 18 janvier 1832; *J. de Br.*, 1832, 1, 24; *Jurispr. du* XIXᵉ *s.*, 1832, 3, 86; Dalloz, 4, 317, 342 et 345.)

Un individu non marchand, qui a été cependant condamné comme tel par un tribunal de commerce qui lui a attribué cette qualité, par des circonstances particulières qui ne suffisaient pas pour l'établir, ne peut encore être considéré comme tel dans une cause tout à fait distincte. (Brux., 14 juill. 1828. *Jurispr. du* XIXᵉ *s.*, 1830, 3, 193.)

Celui à qui on a attribué la qualité de négociant, n'est pas fondé à soutenir qu'il ne peut être considéré comme tel, par cela seul qu'il n'est pas muni de patente. (Brux., 6 avril 1829, *J. de Br.*, 1829, 2, 34; *Jurispr. du* XIXᵉ *s.*, 1830, 3, 87.)

La circonstance que dans un procès entre deux parties, l'une de ces parties aurait été désignée comme marchande dans les actes de la procédure faits à la requête de l'autre, n'emporte pas nécessairement de la part de celle-ci une reconnaissance de cette qualité, qui la rende non recevable à la dénier par la suite. (Brux., 28 janv. 1832, *J. de Br.*, 1832, 1, 24; *Jurispr. du* XIXᵉ *s.*, 1832, 3, 86.)

versaire dans les qualités de l'arrêt, sans opposition de sa part, ne peut proposer, comme moyen de cassation, l'incompétence de la juridiction commerciale fondée sur ce qu'il n'est pas commerçant.

La cour de cassation, par arrêt du 27 août 1827 (S.-V., 28, 1, 140), rejetant un pourvoi contre un arrêt de la cour royale de Rouen, du 28 février 1826, a jugé que la partie renvoyée devant la juridiction commerciale, par arrêt passé en force de chose jugée, qui lui attribue expressément la qualité de commerçant, ne peut se faire, contre un arrêt postérieur qui le condamne au fond et par corps, un moyen de cassation, tiré de ce que les définitions de la loi ne permettent pas de le réputer commerçant.

CHAPITRE VI.

Des veuves communes en biens et des héritiers des justiciables.

SOMMAIRE.

1. Pourquoi la disposition de l'art. 426 se trouve dans le Code de procédure et non dans le Code de commerce. —Art. 64 de ce dernier Code.
2. L'art. 426 est le développement des principes du Code civil. — L'héritier du commerçant, quoique justiciable, n'est pas contraignable par corps. Cette règle est suivie depuis longtemps : Opinion de Toubeau, Mareschal, Chenu, Jousse. — Loi du 17 avril 1832, art. 2.
3. Ordonnance de 1673, titre II, art. 16.— Sous son empire, la juridiction commerciale était saisie des demandes contre les héritiers, même lorsqu'ils ne continuaient pas le *train et trafic des marchandises*. — Question controversée.—Jurisprudence et opinion des auteurs.
4. L'art. 426 s'applique non-seulement aux héritiers des commerçants, mais encore aux héritiers de ceux qui étaient *justiciables*, à raison d'un seul acte de commerce.
5. Si la contestation était engagée, l'héritier est assigné en reprise d'instance ; sinon, il est appelé par action nouvelle : explication de ces mots *action nouvelle*. — Arrêt de la cour de Paris.
6. Exécution contre l'héritier du jugement rendu contre le défunt ; elle appartient exclusivement aux tribunaux civils.—Arrêt de la cour de cassation.
7. Si la qualité d'héritier était contestée, les tribunaux de commerce devraient surseoir à statuer au fond et renvoyer l'incident au tribunal civil. — Jurisprudence et opinion des auteurs.
8. Espèces décidées à ce sujet par la jurisprudence.
9. Quand il y a lieu à reprise d'instance, l'héritier est appelé devant le tribunal où l'affaire est pendante.
10. Les héritiers *demandeurs* suivent les errements habituels de la procédure.
11. L'héritier continuant le défunt, doit être assigné, quand il s'agit d'action nouvelle, devant le tribunal dont le défunt aurait été justiciable.—Arrêt de la cour de Liége.
12. Les règles ci-dessus s'appliquent aux veuves, quand elles représentent leur mari, soit comme communes en bien, soit comme pourvues de son hérédité : elles s'appliquent aussi au mari comme à la femme, si c'est la femme marchande publique qui prédécède. —Jurisprudence à cet égard.

« Les veuves et héritiers des justiciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise ou
» par action nouvelle, sauf, si les qualités y sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires
» pour y être réglées et ensuite être jugées sur le fond, au tribunal de commerce. »

(Art. 426, *C. de proc. civ.*)

1. Le Code de commerce, ayant été promulgué après le Code de procédure, a trouvé établie la disposition ci-dessus, il n'a donc pas eu à régler cette matière ; il s'est borné à la compléter, en examinant dans l'art. 64 la position spéciale des veuves et héritiers dans les sociétés commerciales : « Toutes actions contre les asso» ciés non liquidateurs, et leurs veuves, héri» tiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans » après la fin ou la dissolution de la société, si » l'acte de société qui en énonce la durée a été » affiché et enregistré conformément aux art. 42, » 43, 44, et 46, et si, depuis cette formalité » remplie, la prescription n'a été interrompue à » à leur égard par aucune poursuite judiciaire. »

2. La disposition de la loi de procédure est l'application des principes tracés par le Code civil. — Appelé à succéder au défunt, l'héritier continue en quelque sorte sa personne : il supporte naturellement les obligations souscrites

par celui dont il appréhende les biens. — Ces obligations, il en devient débiteur du chef de son auteur, et il est rationnel qu'il ait à en répondre devant la juridiction compétente pour en connaître à l'égard du débiteur originaire : le changement de personne n'a point modifié le caractère de l'acte.

La juridiction commerciale doit d'autant plus rester ou être saisie, qu'après tout, il s'agit d'une obligation commerciale par sa nature, car le défunt, lui-même commerçant par profession, aurait pu, aussi bien que l'héritier, décliner cette juridiction s'il se fût agi d'une obligation purement civile.

Remarquons ici que l'héritier n'étant pas le débiteur direct, n'ayant point fait, à ce sujet du moins, un acte de commerce, ne pourrait, quoique justiciable du tribunal de commerce, être condamné par corps : la contrainte par corps est le mode d'exécution des seules obligations commerciales.

Ce principe était admis par l'ancienne législation. Toubeau rapporte, page 365, première partie, un arrêt du conseil du 15 septembre 1542, rendu contre le conservateur des foires de Lyon, dans lequel il est dit que le créancier aura contre l'héritier contrainte sur les *biens, mais non capture de la personne*. Mareschal et Chenu, dans ses *Règlements*, tit. XXII, et Toubeau, pag. 526, rapportent aussi un arrêt du 19 mai 1567, l'ordonnance de novembre 1563 et un règlement des juge et consuls de Paris du 3 juillet 1617, cités par Jousse, note sous l'art. 16, page 33 et 219, confirmant cette règle, qui aujourd'hui ne souffre aucune difficulté, en présence de la loi de 1832, dont voici les termes : « Art. 2. Ne sont » point soumis à la contrainte par corps... 3° les » veuves et héritiers des justiciables des tribu- » naux de commerce, assignés devant ces tribu- » naux en reprise d'instance ou par action nou- » velle, en raison de leur qualité. »

3. Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, une discussion assez grave s'était établie. Voici comment s'exprimait son art. 16, tit. II : « Les » veuves et héritiers *des marchands, négociants et* » *autres*, contre lesquels on pourrait se pourvoir » par-devant les juges et consuls, y seront as- » signés, on en reprise ou par nouvelle action. » Et en cas que la qualité ou de commun, ou » d'héritier pur et simple, ou par bénéfice d'in- » ventaire, soit contestée, ou qu'il s'agisse de » douaire ou de legs universel ou particulier, » les parties seront renvoyées par-devant les » juges ordinaires pour les régler : et après le » jugement de la qualité, douaire ou legs, elles » seront renvoyées par-devant les juges et con- » suls. »

Deux arrêts du 20 avril 1573 et 15 mars 1574, rapportés l'un par Néron, sur l'art. 3 de l'édit de 1563, l'autre par Belordeau, avaient décidé que les veuves et héritiers des marchands n'étaient justiciables de la juridiction consulaire, que lorsqu'ils continuaient *le train et le trafic de marchandise;* que dans le cas contraire, ils n'étaient pas soumis à cette juridiction. Bornier, page 744, présumant que ces décisions pouvaient être applicables, malgré les termes précis et généraux de l'art. 16 précité, adoptait une pareille restriction, et Jousse, page 331, partageait son sentiment. — Mais Chenu, en son recueil de *Règlements*, tome I[er], tit. XXII, page 397, et Toubeau, première partie, pages 362 et suivantes, combattirent cette doctrine, qui en définitive a été repoussée par trois arrêts de la cour de cassation, du 25 prairial an 11 (S.-V., 3, 1, 341), 20 frimaire an 13 (S.-V., 5, 1, 152), et 1[er] septembre 1806 (S.-V., 6, 2, 743.)

4. Le texte de l'ordonnance de 1673, qui attirait devant la juridiction consulaire les héritiers *des marchands, négociants et autres*, prêtait à une autre équivoque. — Fallait-il également y appeler les héritiers de ceux, qui sans être *marchands*, s'étaient engagés à *l'occasion d'actes de commerce?* Quelque difficulté pouvait se présenter. Malgré la similitude de motifs, il faut remarquer en effet que la juridiction naturelle des non-commerçants, est la juridiction ordinaire : ils ne peuvent en être détournés que par une disposition de la loi précise. — Or ici, cette disposition n'existait pas, ou du moins elle n'était pas suffisamment claire.

Le Code de procédure a mis fin à toute incertitude : il saisit le tribunal de commerce des contestations intentées contre les héritiers *des justiciables*.— *Les justiciables* d'un tribunal sont ceux qui peuvent y être appelés, soit à raison de leur qualité et profession, soit à raison de la nature de leurs actes : ce mot *justiciable* est une expression générique, prise dans l'acception la plus étendue, et comprenant tous ceux qui sont assujettis à la juridiction commerciale, à quelque titre que ce soit. Donc, si le défunt eût été justiciable de cette juridiction, par suite du caractère de son engagement, son héritier suivra la même loi. (Locré, tome VIII, page 197.)

5. Si une contestation a déjà été engagée contre le défunt, elle est continuée, et les héritiers sont seulement appelés *en reprise d'instance*. — Si, au contraire, il n'existait pas encore de demande, une *action nouvelle* est formée contre ces héritiers : ces expressions *action nouvelle*, sont donc placées dans la loi en opposition à la première espèce prévue : elles ont eu pour but d'indiquer qu'il faudra une *action principale*, pour appeler les héritiers quand les tribunaux n'auront pas été antérieurement saisis. (Paris, 16 mars 1812; S.-V., 14, 2, 105, et les arrêts y indiqués [1].)

6. Comme l'art. 442 du Code de proc. dispose que les tribunaux de commerce ne con-

[1] *Voy.* Despréaux, n° 54.

naissent point de l'exécution de leurs jugements, ils ne pourraient rendre exécutoire contre les héritiers un jugement rendu contre le défunt justiciable. Ce serait aux tribunaux civils qu'il appartiendrait de prononcer à ce sujet [1].

7. Lors même que les tribunaux de commerce font acte de juridiction sur les héritiers des commerçants, ils ne sortent point de la sphère de leurs attributions ; ils ont en effet à prononcer sur une question qui repose sur un contrat reconnu ou présumé commercial ; mais ils commettraient un excès de pouvoir s'ils allaient au delà. Si le défendeur répudiait la succession, il ne représenterait plus le commerçant ; s'il déniait la qualité d'héritier, même par voie d'incident à la demande principale, cet incident présenterait à juger une difficulté de droit civil, dont la solution appartiendrait exclusivement à la juridiction des tribunaux de première instance, auxquels il devrait être renvoyé, même d'office, par les magistrats consulaires. Une fois cet incident vidé, les parties reviendraient plaider au fond devant le tribunal de commerce. Les jugements rendus contrairement à ses règles seraient susceptibles d'appel, quoique qualifiés en dernier ressort [2].

8. Voici quelques espèces décidées par la jurisprudence, qui expliquent l'interprétation à donner à cette disposition :

1° Lorsque sur une action en liquidation de société, les héritiers présomptifs d'un associé, assignés devant la juridiction commerciale comme héritiers d'un commerçant, demandent leur renvoi pour faire régler leur qualité, le tribunal de commerce peut passer outre si ces héritiers ont pris la qualité d'héritiers bénéficiaires [3].

2° De même à l'égard du fils qui, héritier naturel, ne justifie pas d'une renonciation à la succession de son père commerçant [4].

3° Les tribunaux de commerce peuvent condamner comme héritiers purs et simples, ceux qui ne justifient pas, dans un délai donné, de leur qualité de bénéficiaires [5].

9. Les art. 822 et 829 du Code civil, donnant au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession la connaissance des difficultés entre cohéritiers avant le partage, ne s'appliquent pas au cas où l'action n'est qu'une reprise de l'instance commencée par le défunt. Dans ce cas, et même entre cohéritiers, la procédure doit être régularisée et continuée devant le tribunal précédemment saisi, encore que ce soit un tribunal de commerce [6].

10. L'art. 426 du Code de proc. s'explique seulement sur l'hypothèse où les héritiers sont *assignés*, c'est-à-dire défendeurs. Lorsqu'ils *assignent*, c'est-à-dire lorsqu'ils se constituent demandeurs, ils doivent suivre les errements habituels de la procédure et saisir soit la juridiction, soit le tribunal en particulier, qui sont compétents pour connaître de la nature de leur action.

11. Maintenant si l'héritier est assigné par action nouvelle, devant quel tribunal en particulier sera-t-il appelé ? l'assignera-t-on devant le tribunal de son propre domicile ou devant celui du domicile du défunt ? Nous l'avons dit, c'est du chef du défunt que l'héritier est recherché ; ce sont ses obligations qu'il continue, c'est donc au tribunal dont le défunt aurait été justiciable qu'il doit comparaître [7].

12. Tout ce que nous venons d'expliquer relativement aux héritiers des commerçants, s'applique à leurs veuves, quand celles-ci représentent ces commerçants, soit comme communes en biens, soit comme pourvues de leur hérédité, dans le cas où elle leur est dévolue. Les veuves non communes ne seraient pas soumises à ces règles, par cette raison qu'elles ne représentent point leurs maris défunts. Il faut le faire remarquer, les termes de la loi ne sont pas complets. Quoiqu'elle soit muette sur ce point, ils concernent le mari aussi bien que la femme. Ainsi, supposons que la femme soit marchande publique, et que son mari, commun en biens, ne soit pas commerçant ; supposons que la femme prédécède, le mari pourra être assigné personnellement, et non plus seulement pour la validité en reprise ou par action nouvelle devant le tribunal de commerce, dont la femme eût été justiciable.

La jurisprudence a donné les solutions suivantes :

Les juges et consuls ne pouvaient décider si une femme devait avoir la qualité de commune en biens avec son défunt mari, lorsque cette qualité de commune était contestée. Ils devaient renvoyer cette contestation incidente à la juridiction ordinaire [8].

De même quand l'époux d'une marchande publique décédée, assigné comme commun en biens, en payement d'un billet souscrit par elle, soutient qu'il n'est pas l'héritier de la débitrice [9].

[1] Cass., 3 brumaire an 12 (S.-V., 4, 2, 28).—*Voy.* Despréaux, n° 176.
[2] Cass., 23 messidor an 11 (S.-V., 1, 2, 672). — Nîmes, 9 mai 1809 (S.-V., 10, 2, 209). — Locré, tome VIII, page 177.
[3] Turin, 1er août 1811 (Dalloz, tome V, page 389).
[4] Cass., 1er juill. 1829. (*Voy.* Despréaux, n° 129).
[5] Riom, 27 déc. 1830. (*Voy.* Orillard, n° 67.)
[6] Poitiers, 3 thermidor an 12 (S.-V., 4, 2, 496).
[7] Liége, 11 avril 1821. (*Voy.* Despréaux, n° 54. *Pasicrisie belge*. Dalloz, tome V, page 411.)
[8] Cass., 6 messidor an 13 (Dalloz, tome V, page 418).
[9] Cass., 13 juin 1808 (Dalloz, tome V, page 413).

CHAPITRE VII.

Des comptables de deniers publics.

SOMMAIRE.

1. Pour que le crédit des comptables de deniers publics soit intact, la législation est sévère.—Art. 634 et 638 du Code de comm., 8, 9, 12 et 13, titre II, sect. II, de la loi du 17 avril 1832.
2. Ces prescriptions sont renouvelées de l'ancienne législation. — Citation de l'ordonnance de Louis XIV, du 26 février 1692.—On considère ses dispositions comme si utiles, que, suivant Jousse, on les étend aux mineurs.
3. Omission du projet de Code de commerce, réparée sur la demande du directeur de la caisse d'amortissement.
4. Définition des comptables de deniers publics. — Citation de Pardessus. — Espèces diverses résolues par la jurisprudence.
5. Les comptables sont assimilés aux commerçants, en ce qui concerne l'exécution de leurs engagements, mais ils ne sont pas des commerçants véritables. —En conséquence, ils ne peuvent faillir. — Jurisprudence et opinion des auteurs.— Il en serait autrement si, à leur gestion, ils joignaient la profession commerciale. — Arrêt de la cour de Bruxelles.
6. Présomption légale que les billets faits par un comptable sont souscrits pour sa gestion.
7. Le mot *billet*, employé par les art. 634 et 638, permet-il de faire peser la présomption légale sur les autres engagements écrits ou verbaux du comptable? Solution négative.—Opinion des auteurs.
8. Le mot *fait*, employé par ces mêmes articles, s'applique aux billets *endossés* par les comptables, aussi bien qu'à ceux *souscrits* par eux. — Jurisprudence et opinion des auteurs.
9. La présomption cesse avec les fonctions du comptable; cependant, elle a encore son effet sur les billets faits pendant l'exercice et non encore échus.
10. Le billet souscrit par le comptable, pour le cautionnement de sa charge, n'est pas fait pour l'exercice de ses fonctions.— Arrêt de la cour de Paris.
11. Le billet souscrit pour argent prêté détruit la présomption légale.— Arrêt de la cour de cassation.

1. Les comptables de deniers publics ont besoin, pour exécuter avec exactitude la mission qui leur est confiée, de jouir d'un inaltérable crédit. Or, le crédit est en rapport direct avec la droiture et la ponctualité des débiteurs. — L'inexécution des engagements souscrits par les administrateurs des revenus de l'État serait chose si grave, altérerait si profondément la confiance qui leur est nécessaire, entraverait à tel point les services publics, qu'il était d'une bonne législation d'user des moyens les plus puissants pour éloigner la possibilité d'une pareille inexécution.

C'est par suite de cette pensée que notre législation contient sur les comptables de deniers publics les dispositions suivantes :

Art. 634, Code de comm. « Les tribunaux » connaîtront. . . . . . 2° Des billets faits par » les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres » comptables de deniers publics. »

Art. 638. « Les billets souscrits par des re» ceveurs, payeurs, percepteurs ou autres comp» tables de deniers publics, seront censés faits » pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y » sera point énoncée. »

Art. 8, titre II, sect. 2, de la loi du 17 avril 1832, concernant la contrainte par corps : « Sont soumis à la contrainte par corps pour » raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou » débet constatés à leur charge, et dont ils ont » été déclarés responsables, 1° les comptables de » deniers publics, ou d'effets mobiliers et leurs » cautions; 2° leurs agents ou préposés, qui » ont personnellement géré ou fait la recette. »

Art. 9. « Sont compris dans les dispositions » de l'article précédent, les comptables chargés » de la perception des deniers, ou de la garde » et de l'emploi des effets mobiliers, appartenant » aux communes, aux hospices et aux établisse» ments publics, ainsi que leurs cautions, agents » et préposés, ayant personnellement géré ou » fait la recette. »

Art. 12. « La contrainte par corps pourra être » prononcée, en vertu des quatre articles précé» dents, contre les femmes et les filles. — Elle » ne pourra l'être contre les septuagénaires. »

Art. 13. « Dans les cas énoncés dans la pré» sente section, la contrainte par corps n'aura » jamais lieu que pour une somme principale » excédant 300 fr. — Sa durée sera fixée dans » les limites de l'article 7 de la présente loi, » § 1er. »

2. Ces dispositions ne sont pas de nouvelle date : vers la fin du XVII[e] siècle, les tribunaux se refusaient à prononcer la contrainte par corps à raison des simples billets souscrits par les agents comptables du roi et causés pour valeur reçue. — L'ordonnance de 1673 ne paraissait pas suffisamment claire pour entraîner ce mode rigoureux d'exécution. —Il en résultait que le public acceptait difficilement de semblables obligations, et que les intérêts de l'État se trouvaient en souffrance.

Pour remédier à cet état de choses, Louis XIV rendit une déclaration, en date du 26 février 1692, enregistrée le 26 mars, dans laquelle il est dit ce qui suit :

« Encore que, par l'art. 1[er] du titre VII de notre édit du mois de mars 1673, servant de règlement pour le commerce, il soit porté que ceux qui auront signé des lettres ou billets de change, pourront être contraints par corps ; ensemble entre tous négociants ou marchands, qui auront signé des billets pour valeur reçue comptant, ou en marchandises, soit qu'ils doivent être acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre ou au porteur.

» Néanmoins, plusieurs cours, juges et juridictions, ont déchargé et déchargent de la contrainte par corps plusieurs particuliers, gens d'affaires, lorsqu'il s'agit du payement des billets par eux faits, pour valeur reçue même pour valeur reçue comptant, sous prétexte que, par l'art. 27 du titre V du même édit, il est porté qu'aucun billet ne sera réputé billet de change, si ce n'est pour lettres de change qui auront été fournies ou qui devront l'être ; et que nos comptables, chargés du recouvrement de nos deniers, les receveurs trésoriers, receveurs généraux et particuliers, traitants, sous-traitants et intéressés dans nos affaires, ne sont point marchands ni négociants.

» De sorte que, si on continuait à les décharger de la contrainte par corps pour le payement des simples billets qu'ils font, de valeur reçue et de valeur reçue comptant, payables au porteur ou à un particulier y nommé, ou à son ordre, le crédit qui leur est nécessaire pour le bien de notre service cesserait absolument, sans lequel ils ne peuvent soutenir les affaires dont ils sont chargés, et qu'ils ne soutiennent, pour l'ordinaire, que par l'usage de ces sortes de billets qu'ils font comme les marchands et les négociants.

» A quoi voulant parvenir, nous avons déclaré, etc., que l'art. 1[er] du titre VII de notre édit du mois de mars 1673 soit exécuté contre les receveurs, trésoriers, fermiers et sous-fermiers de nos droits, traitants généraux et particuliers, intéressés et gens chargés du recouvrement de nos deniers, et tous autres nos comptables; et ce faisant, qu'ils puissent être contraints par corps, ainsi que les négociants, au payement des billets pour valeur reçue, qu'ils feront à l'avenir, pendant qu'ils seront pourvus desdites charges, ou qu'ils seront chargés du recouvrement de nos deniers, soit que les billets doivent être payés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au porteur. »

La règle posée par la déclaration ci-dessus était considérée comme si utile, que Jousse nous atteste, note sous l'art. 1[er], titre VII, page 218, qu'elle fut étendue aux mineurs chargés du recouvrement des deniers du roi par arrêt du 30 août 1702.

3. Lorsque le Code de commerce était préparé, la commission chargée d'en réunir les éléments n'avait, dans son projet, fait aucune mention des engagements signés par les comptables de deniers. Cette omission parut nuisible aux intérêts du trésor, et, Locré l'atteste, notes sous les art. 631 à 639, tome VIII, page 305, le directeur général de la caisse d'amortissement demanda qu'elle fût réparée. — Ce fut alors que le conseil d'État adopta la rédaction qui, depuis, est devenue l'art 634 du Code.

4. Nous venons de voir, dans le texte de la loi, qu'elle mentionne expressément les *receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics*. — Voici maintenant la définition, aussi exacte que précise, que fait Pardessus, n° 54, des comptables de deniers publics : « On doit considérer comme comptables publics ceux qu'une administration financière, créée par l'État, prépose aux recettes dont elle est chargée, et qui versent dans les caisses publiques leurs recettes, en deniers ou effets souscrits ou endossés par eux. »

Ainsi, et pour citer quelques-uns des employés auxquels s'applique la loi, on appellera comptables publics, les receveurs généraux et particuliers, les percepteurs des contributions directes, les employés des douanes chargés de recevoir les contributions indirectes, les débiteurs de tabac (Brux., 6 mars et 5 mai 1813. *Voy.* Orillard, n° 333. S.-V., 14, 2, 190 et 191); les conservateurs des hypothèques, les receveurs de l'enregistrement et du timbre, etc., etc. [1].

[1] La cour d'Angers a jugé que les salpêtriers, porteurs de commissions pour fabriquer au compte du gouvernement, doivent être réputés agents de l'administration et non pas commerçants. (Arrêt du 28 janvier 1824 S.-V., 24, 2, 167). — La cour de Paris a statué de même, en ce qui concerne les receveurs des bureaux de loterie. (Arrêt du 17 juin 1824 S.-V., 25, 2, 172).

La cour de Toulouse, par son arrêt du 3 mars 1825 (*Voy.* Orillard, n° 333. S.-V., 26, 2, 73), a jugé que les fermiers des octrois municipaux d'une ville ne sont ni des commerçants, ni des comptables de deniers publics; que par conséquent, ils ne sont pas justiciables de la juridiction commerciale. — La cour de Nîmes, statuant dans le même esprit, avait également décidé, par son arrêt du 13 avril 1812 (S.-V., 14, 2, 104), que les fermiers des bois d'une commune ne pouvaient être traduits devant les tribunaux consulaires, à raison des billets par eux souscrits.—Cependant, la cour de cassation, dans son arrêt du 12 mai 1814 (S.-V.,

5. Les comptables de deniers publics, par les motifs ci-dessus exprimés, sont assimilés aux commerçants, en ce qui touche l'exécution de leurs engagements. Comme ceux-ci, ils sont justiciables des tribunaux de commerce et contraignables. Mais l'assimilation ne saurait avoir pour conséquence de les transformer en négociants véritables : préposés de l'administration, fonctionnaires publics, ils ne font aucun trafic, aucun commerce; s'ils sont soumis à la contrainte par corps, c'est pour éviter autant que possible les résultats fâcheux qu'entraînerait, de leur part, un refus de payement. S'ils sont sujets à la juridiction commerciale, c'est afin que l'on ait raison promptement, et sans frais, de cet inexcusable refus. — Or, comme la faillite est l'état du commerçant qui cesse ses payements, ils ne sauraient prétendre à la protection dont elle couvre les débiteurs malheureux et de bonne foi [1].

Cependant, si, en dehors de sa gestion, le comptable se livrait, pour son compte personnel, à des opérations de commerce; s'il cumulait la double qualité de fonctionnaire et de commerçant; si, par exemple, il avait établi une maison de banque, il pourrait, à raison de ces opérations, devenues pour lui une profession habituelle, être constitué en état de faillite. Un pareil fait devrait attirer l'attention des magistrats. Dans l'appréciation de ses actes, dans l'examen de son actif et de son passif, une rigoureuse surveillance serait nécessaire, et, en cas de méfait, le comptable devrait être traité plus sévèrement qu'un simple particulier, lui qui a méconnu la mission de confiance dont il fut investi [2].

De ces principes, il faut également tirer la conséquence que les comptables ne sont pas assujettis aux obligations générales imposées aux commerçants, et précédemment rappelées.

6. Les comptables publics sont assimilés aux commerçants en un autre point. Nous verrons, au chapitre suivant, que les obligations de commerçants sont présumées faites pour leur commerce, si elles ne mentionnent aucune autre cause. — Il en est de même pour les fonctionnaires dont nous nous occupons ici. Leurs billets sont censés souscrits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée. — Cette présomption de droit, fondée sur la qualité des personnes, doit, par le comptable, être détruite par des preuves analogues à celles que le commerçant invoquerait en semblable occurrence.

7. Le mot *billet*, employé par les art. 634 et 638, est une expression générique qui s'applique non-seulement aux billets à ordre, mais encore à tous les actes par lesquels un comptable se reconnaît débiteur, soit envers l'État, soit même envers de simples particuliers.

Faudrait-il étendre cette règle aux engagements *verbaux* pris par le comptable public? Ces engagements verbaux, faudrait-il les réputer contractés pour leurs fonctions? Nous ne le pensons pas. — La présomption est ici exception à la loi civile et même à la loi commerciale. Simple fonctionnaire, étranger par sa qualité même aux opérations du négoce, le comptable de deniers publics ne peut être distrait de ses juges naturels et soumis à la contrainte par corps que par une disposition formelle. Dans l'espèce, on ne retrouverait pas une semblable exception aux principes ordinaires; comme, en semblable matière, il n'est pas permis de raisonner par analogie, et, sous ce premier point de vue, nous ne pouvons admettre que les obligations verbales puissent être mises sur le même niveau que les obligations écrites du comptable public.

Un autre motif confirme cette opinion. — Le texte même de la loi s'oppose à une autre interprétation. Le Code ne présume faits pour la gestion que les billets dans lesquels *une autre cause n'est pas énoncée*. Pour qu'une cause soit *énoncée dans un acte*, il semble nécessaire que *cet acte existe* [3].

8. Les art. 634 et 638 parlent des billets *faits* par les comptables de deniers publics : de là, question de savoir si les billets, non pas *faits* mais *endossés* par les comptables, les soumettent également à la juridiction commerciale.

Cette difficulté ne nous paraît pas sérieuse : ainsi que le dit E. Vincens, tome Ier, page 139, que le comptable souscrive un billet pour se procurer des fonds, ou que, négociant ce billet, il y appose sa signature par endossement et dans le même but, l'intérêt des tiers et celui de l'État se retrouvent également dans ces deux hypothèses. Ajoutons que cette interprétation forcée du texte de la loi n'est même pas exacte, grammaticalement parlant. En effet, si les billets endossés par le comptable ne sont pas *faits* par lui, ils sont pourtant *faits par lui ce qu'ils sont*, c'est-à-dire des billets où figure la signature d'un receveur de deniers publics.

Décider le contraire, ce serait ouvrir la porte aux abus : ce serait permettre au comptable d'éluder la loi; il ferait *faire* par un prête-nom

---

15, 1, 21), a émis une doctrine contraire, à laquelle nous n'hésitons pas à nous rallier. A nos yeux, les deniers des communes, que les fermiers des octrois perçoivent, sont des *deniers publics* dans l'acception raisonnée du mot. D'un autre côté, si au lieu d'être *comptables* de ces deniers, les fermiers doivent payer une somme convenue à forfait, néanmoins, ils sont des receveurs de deniers publics; ils profitent de partie des recettes publiques, et l'intérêt de l'administration exige qu'ils soient assimilés aux commerçants.

[1] Vincens, tome 1, chap. IV, page 139. — Pardessus, n° 54. — Paris, 25 juill. 1811 (S.-V., 11, 2, 397). — Angers, 28 janv. 1824 (S.-V., 24, 2, 167).

[2] Brux., 25 janv. 1809 (S.-V., 9, 2, 296).

[3] Au surplus, Pardessus, n° 54; Dalloz, tome IV, page 347, et Despréaux, n° 561, émettent un avis semblable.

les billets qu'il se bornerait à endosser, et par là il échapperait à la sévérité de l'art. 638 [1].

9. La présomption établie par les art. 634 et 638 est la suite naturelle de l'exercice de ces fonctions publiques; elle est une exception aux préjugés du droit commun. De là cette conséquence, qu'en règle générale elle commence à courir seulement du jour de l'entrée en fonctions, et qu'elle prend fin le jour où elles expirent.

Cependant, la présomption peut se continuer après les fonctions, à l'occasion d'obligations souscrites pendant que le débiteur était encore pourvu de la place de comptable [2].

10. La cour de Paris a statué sur l'espèce que voici : Un individu avait souscrit un billet causé *pour somme devant servir à faire le cautionnement de la place de receveur de deniers publics que l'emprunteur doit obtenir;* les fonds avaient été spécialement affectés au cautionnement. Question de savoir si un tel billet pouvait être considéré comme émané d'un receveur de deniers publics? Le tribunal de commerce avait décidé l'affirmative, parce que l'époque de la souscription du billet étant rapprochée de l'exercice des fonctions, la destination des fonds, qui avait été appliquée à ces fonctions mêmes, donnait à l'engagement la couleur de commercialité qui devait le faire assimiler à l'engagement d'un véritable comptable. — La cour a pensé qu'en semblables matières on ne pouvait établir des analogies; que l'individu non commerçant avait pour juges naturels les magistrats du tribunal de première instance; qu'il ne pouvait en être distrait qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi; et que si cette disposition existait contre les comptables publics, on n'en retrouvait aucune trace pour les engagements qu'ils avaient pu souscrire pour parvenir à obtenir les fonctions dévolues postérieurement. — En conséquence, la cour, par arrêt du 22 juillet 1826 (S.-V., 27, 2, 187), a infirmé la sentence des premiers comme incompétemment rendue.

11. La cour de cassation a décidé que des billets souscrits par un receveur des contributions directes et causés *valeur pour argent prêté* portaient une énonciation étrangère à sa gestion; qu'en conséquence il n'était ni justiciable des tribunaux de commerce, ni contraignable par corps. (Arrêt du 15 juillet 1817. S.-V., 18, 1, 395.)

CHAPITRE VIII.

De la présomption de commercialité attribuée aux engagements souscrits par les commerçants.

SOMMAIRE.

1. C'est avec raison que la loi répute commerciales, les obligations des commerçants. — Quand l'obligation elle-même détruit cette présomption, elle cesse d'avoir ses effets naturels.
2. La présomption de commercialité s'attache à toutes les obligations écrites ou verbales des commerçants. — Opinion des auteurs.
3. Cette présomption existe, même dans le cas où l'engagement contracté par le commerçant a été pris envers un simple particulier. — Dissentiment avec Carré.
4. Le commerçant peut détruire la présomption qui s'attache à ses engagements.
5. Preuves qui détruisent cette présomption. — Preuve littérale, aveu, comparution des parties, serment, preuve testimoniale. — Opinion des auteurs.
6. La preuve ne pourrait être faite par le débiteur lui-même envers un tiers porteur de bonne foi.
7. C'est l'époque de la création du titre, et non celle de son échéance, qu'il faut considérer pour rechercher la présomption qui en découle.
8. Quasi-contrats, quasi-délits. — Actions en dommages-intérêts contre les commerçants. — Opinion des auteurs.
9. Espèces diverses résolues par la jurisprudence.

« La loi répute actes de commerce....., toute obligation entre négociants, marchands et banquiers. »
(ART. 632, *C. de comm.*)

« Les billets souscrits par un commerçant, seront censés faits pour son commerce lorsqu'une autre » cause n'y sera point énoncée. »
(ART. 638, *C. de comm.*)

1. Le négociant a pour profession habituelle de faire des actes de commerce. — De là, cette

[1] Poitiers, 24 janv. 1832.
C'est donc à juste titre que Vincens, tome 1er, page 138, critique un arrêt de Colmar, du 23 août 1814 (S.-V., 14, 2, 109), qui avait jugé le contraire. — Pardessus, page 302, Dalloz, tome 4, page 359, et Despréaux, n° 563, sont de l'avis que nous exprimons à ce sujet et qui pourtant trouve un contradicteur dans Carré, art. 388, page 504.
[2] Aix, 30 mai 1829.

présomption naturelle, qui rattache toutes ses opérations aux actes qui sont le but constant de toutes ses pensées. Le premier effet de cette présomption est de placer l'adversaire du négociant dans une position facile. Assigné devant les juges de commerce et défendeur, la preuve qu'une question purement civile se débat et s'agite incombera au commerçant, alors que d'habitude c'est au demandeur qu'il appartient de prouver. Contre lui milite en effet la présomption de commercialité qui plane sur ses engagements.

Cette présomption ne serait pas écrite dans la loi, qu'elle existerait par la force même des choses. Comment supposer en effet que l'obligation souscrite par le commerçant a pour origine les besoins usuels de la vie, alors que ces rares besoins se règlent d'ordinaire de la main à la main, alors au contraire que les nécessités du commerce du débiteur le forcent à des opérations nombreuses, importantes, exigeant l'emploi du crédit et l'intervention des actes matériels employés pour en régler les effets?

Cependant, il ne faut pas l'oublier : dans toute personne adonnée au commerce se rencontre une double qualité, celle de commerçant, celle de simple particulier.

Si la raison indique que, dans le silence de l'obligation, la qualité de commerçant doit prédominer, la justice veut aussi que quand l'obligation a parlé, ou quand les circonstances extérieures la complètent et révèlent son véritable sens, la qualité de simple particulier soit à son tour la règle du contrat et détermine ses conséquences. — Ainsi que l'acte ait pour but de régler une affaire de succession, de partage, de donation entre-vifs, de conventions matrimoniales, de société civile ; — que le commerçant souscrive une obligation pour payer des achats nécessaires à l'entretien de ses propriétés foncières, ou pour solder le prix d'immeubles achetés ou loués par lui, de poursuites judiciaires faites en son nom : — dans toutes ces hypothèses, et dans les autres du même genre, la présomption légale disparaîtra en présence de la preuve qui ressort du contrat ou des preuves extérieures qui lui servent de complément.

2. Maintenant, attachons-nous à rechercher les effets de la présomption de commercialité attribuée aux actes faits par le commerçant.

Si le législateur s'était borné à régir ce sujet par l'art. 638 du Code de comm., des discussions pourraient s'élever : cette disposition de la loi attribue en effet la présomption de commercialité *aux billets* souscrits par les commerçants. Or, comme en matière de juridiction et de contrainte par corps, tout est de droit étroit, ne serait-il pas naturel de limiter la présomption *aux billets* faits par les commerçants? Serait-il possible d'étendre l'exception aux autres engagements émanés du commerçant? Par exemple, devrait-on réputer commerciales ses obligations verbales, commerciales ou notariées, alors qu'elles ne laisseraient percer aucune trace d'une opération de négoce? — L'art. 632 du Code s'unit à l'art. 638 pour lever toute incertitude. Ces deux dispositions ne sauraient être séparées, et forment l'ensemble des principes en cette matière. — Si ce dernier article ne parle que *des billets*, le premier décide que l'on doit réputer actes de commerce *toutes obligations* entre négociants, marchands et banquiers. — Il suit de là que tous les engagements pris par le commerçant, qu'ils soient exprimés par billet, par acte sous seing privé ou notarié, qu'ils aient même été formés verbalement, sans écrit, sont placés sur la même ligne et assujettis à la même présomption.

Pardessus enseigne cette doctrine sans hésitation lorsqu'il dit : « La forme de l'engagement » importe peu : la règle que nous venons de » présenter reçoit son application *aux engagements verbaux*, comme à ceux que des écrits » constatent. » (N° 50, page 295). — Conformes, Carré, *Lois de la comp.*, art. 387 ; — Horson, quest. 213.

3. Malgré le sens de la loi, malgré la force des choses, qui reporte naturellement les obligations de commerçant aux actes habituels de son existence, aux actes de commerce, on a prétendu que la présomption de commercialité ne devait être imprimée *qu'aux obligations souscrites entre négociants, marchands et banquiers*; que si l'un des deux contractants n'était point commerçant, l'acte ne pouvait être présumé commercial à l'égard du commerçant lui-même. — C'est la thèse de Carré, *Lois de la comp.*, art. 387.

Cette interprétation ne nous paraît point admissible. — Pour l'accueillir, il faut commencer par supposer que le commerçant qui se livre à des milliers d'actes de commerce, qui fait de ces actes sa profession habituelle, a pourtant, dans le cas spécial, contracté civilement, ce qui est fort rare dans la réalité. — Cette supposition serait contraire à toute raison. — En second lieu, il faudrait appliquer rigoureusement le texte de la loi, sans en saisir l'esprit. Il faudrait dire, d'une part : L'art. 638 ne répute faits pour le commerce *que les billets* du commerçant; d'autre part : L'art. 631 ne répute commerciales *que les obligations entre négociants*. — Or, quand on commente la loi, ce n'est pas ainsi qu'il faut raisonner : au lieu d'isoler ses diverses dispositions, il faut les rapprocher, les combiner et en faire sortir un tout homogène. Il est évident, suivant nous, que ni l'art. 631, ni l'art. 638 ne sont limitatifs, qu'ils concourent tous deux à l'expression de la même pensée et qu'ils sont applicables, au même degré, aux engagements pris par le commerçant même envers un simple particulier.

Ce n'est point le fait de celui qui *stipule*, mais le fait de celui qui contracte, que la loi a con-

sidéré : elle n'a pas à s'enquérir si celui qui prête une somme d'argent, par exemple, est commerçant, car ceci n'a pas d'intérêt au point de vue de ce débat; mais elle doit rechercher avec soin la qualité de celui *qui emprunte*, de celui qui *s'oblige* : pourquoi la présomption est-elle admise? Ce n'est pas parce que l'argent sort de la caisse d'un commerçant ou d'un banquier, mais c'est parce que, livré à un marchand, à un banquier, il va, suivant l'ordre naturel des choses, alimenter le commerce de ce débiteur.

Au surplus, on peut voir à la fin de ce chapitre l'application que la jurisprudence a faite de ce principe à diverses espèces, dans lesquelles notre opinion a été consacrée.

4. Souvent les apparences sont trompeuses : un contrat peut à l'extérieur offrir tous les caractères d'un engagement commercial, et pourtant receler dans la réalité une obligation purement civile. Il est juste quo l'on admette le négociant à lui restituer son véritable caractère.

5. De même que toutes les autres présomptions établies par la loi, la présomption de commercialité disparaît devant la preuve contraire. Membre d'une cité, d'une famille, citoyen exerçant des droits, et soumis à des devoirs politiques, propriétaire d'objets mobiliers et immobiliers, le négociant peut être appelé à s'engager à l'occasion de ces diverses relations qui ne concernent en rien son commerce. Dans ce cas, ses obligations ne jouiront pas des priviléges ou ne subiront pas le poids des obligations commerciales, s'il justifie par des preuves certaines que le titre repose sur une cause étrangère au commerce : on juge même que cette preuve peut être faite à l'encontre des tiers porteurs, ce qui, dans certains cas, nous paraîtrait excessif [1].

Maintenant, à quelle nature de preuves aura-t-on recours pour mettre fin à ces debors trompeurs, pour ramener le contrat à sa nature réelle, pour démontrer qu'il est ou n'est pas commercial?

La première, la plus sûre de toutes les preuves, c'est la preuve littérale : que l'engagement lui-même porte l'énonciation de sa cause; qu'une correspondance fidèle, que des livres régulièrement tenus, l'indiquent également; la démonstration paraîtrait sans doute complète aux tribunaux.

L'aveu de la partie adverse, la comparution des parties, le serment, pourront aussi être admis au nombre des éléments probants. Il en serait de même de la preuve testimoniale qu'une jurisprudence constante autorise la juridiction consulaire à accueillir dans la plupart des procès de son ressort. Des présomptions graves, précises et concordantes, pourraient encore être prises en sérieuse considération [2].

Au surplus, ces difficultés rentrent dans le vaste domaine des faits, et, magistrats d'équité, les juges de commerce sont investis sur ce point de l'omnipotence des jurés. Ils déclareraient qu'il résulte des faits et circonstances de la cause, que l'obligation est étrangère au commerce du défendeur, qu'une semblable décision serait à l'abri de la censure de la cour de cassation.

6. Il est néanmoins des cas où le négociant ne serait pas recevable à administrer la preuve. Si dans son obligation il a mentionné une cause commerciale, si le titre est parvenu entre les mains de tiers de bonne foi, il ne sera plus habile à détruire son fait personnel; l'admettre à dénier ses propres allégations, à surprendre ainsi la foi publique serait chose immorale : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Mais si le commerçant fut victime lui-même d'une erreur matérielle, si sa loyauté est hors de toute contestation, s'il a cédé à une violence, s'il a été surpris par un dol, peut-être même à l'égard d'un tiers, l'autoriserait-on à restituer au titre son véritable caractère? Ceci est dit sans préjudice des principes applicables aux effets de commerce, qui ne permettent jamais preuve pareille au détriment des porteurs de bonne foi nantis en vertu d'endossements réguliers.

7. La présomption est établie par l'époque de la création de l'engagement et non par celle de son échéance. La qualité de commerçant imprime à l'acte au moyen duquel il s'engage, une teinte commerciale qui ne s'efface point, relativement à cet acte, par la perte de cette qualité. Ainsi, l'individu qui cesse de faire profession habituelle d'exercer des actes de commerce, est encore soumis à cette présomption pour les obligations souscrites par lui alors qu'il était investi de la qualité de commerçant.

8. Les engagements auxquels le négociant est soumis peuvent, sans exister en vertu d'une convention émanée de lui, trouver naissance dans les dispositions de la loi, et reposer sur un fait personnel au négociant ou aux préposés dont il est responsable.

Le plus souvent les engagements nés sans convention ne donnent point lieu à une action commerciale, parce qu'ils n'ont point pour origine un fait relatif au commerce.

Par exemple le commerçant, par imprudence, négligence ou inobservation des règlements, par lui ou par son préposé, fait-il des blessures ou cause-t-il à autrui un préjudice matériel, il doit, aux termes des art. 1382 et suivants du

[1] Cass., 20 janv. 1836 (S.-V., 36, 1, 494). — Metz, 28 mars 1839 (S.-V., 41, 2, 272).

[2] Merlin, v° *Billet* et *Lettre de change*, § 11, n° 11 bis. — Pardessus, n° 52. — Despréaux, n° 527. — Bordeaux, 19 avril 1836 (S.-V., 36, 2, 421).

Code civil, réparer le dommage, résultat de ce qussi-délit; mais l'action à laquelle il a à répondre ne sera point portée devant la juridiction commerciale; il n'est question, dans ce débat, ni de sa qualité de commerçant ni de la présomption de commercialité, que, d'habitude, elle imprime à ses obligations. — Il en sera de même dans les obligations qui découleraient de la qualité de tuteur qu'il peut avoir, dans ses rapports nécessaires avec des propriétaires voisins, et dans une foule d'autres espèces, où il est soumis à des obligations, non par son propre fait, mais par l'autorité de la loi.

Cependant il est des cas où, malgré l'absence d'une convention écrite ou verbale, la juridiction commerciale peut être saisie. Lorsque le fait dommageable est survenu à l'occasion de l'exercice du commerce et pour y subvenir, le débat peut être portée devant cette juridiction.

Ainsi entre commerçants les difficultés relatives à la propriété d'un dessin, à l'usurpation d'une enseigne, d'une marque commerciale, du titre d'un journal, d'une production nouvelle dans les sciences ou dans les arts; les atteintes portées directement ou indirectement par un commerçant à une industrie rivale, sont des difficultés qui peuvent être soumises à la décision des juges de commerce.

Il en serait de même de l'inexécution volontaire d'un contrat passé entre commerçants, des manœuvres frauduleuses employées par l'un d'eux pour rendre, de la part de l'autre, l'exécution impossible; de même encore, si un commerçant en poursuivait un autre pour obtenir la restitution des marchandises enlevées, sans droit, par celui-ci.—De même aussi, quand une demande en restitution de marchandises volées et indûment reçues du voleur, serait soumise à la justice. Le dommage souffert à la suite de tous ces faits trouverait sa source *dans l'abus* de la profession commerciale, qui doit être régie par les mêmes principes que l'exercice honnête et loyal de cette profession [1].

9. Sans vouloir donner ici une énumération complète des actes de commerce, auxquels, du reste, le livre suivant est consacré, il est indispensable d'indiquer une analyse succincte de la jurisprudence, dans les espèces où elle a confirmé ou rejeté la présomptiou de commercialité attachée aux obligations du commerçant :

1° Les négociants sont justiciables des tribunaux de commerce et contraignables par corps, à raison des billets écrits ou endossés par eux et causés *valeur reçue comptant*. Une pareille énonciation, n'ayant rien de contraire aux opérations du commerce, fait présumer que le titre a été créé ou endossé pour y concourir [2].

2° L'article 638 du Code de comm. n'est pas limitatif; en conséquence, les obligations notariées, les simples reconnaissances sous seing privé [3], sont, comme les billets à ordre, réputées faites pour le commerce, lorsqu'une cause étrangère n'y est point énoncée [4].

Cette solution nous paraît à l'abri de toute critique; cependant il existe en faveur de l'opinion contraire un arrêt isolé, rendu, il est vrai, sous l'empire de l'ordonnance de 1673 [5].

3° L'emprunt, même verbal, fait par un commerçant, doit être réputé fait pour son commerce : il en est de cet emprunt comme de billets souscrits par des commerçants, lesquels sont censés faits pour le commerce, lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée [6]. En conséquence, la preuve d'un tel fait peut avoir lieu devant le tribunal de commerce, par tous les moyens autorisés en matière commerciale, sauf à renvoyer les parties devant la juridiction civile, s'il vient à être démontré que l'emprunt n'a pas eu pour objet le commerce du défendeur [7].

Deux arrêts, l'un de la cour de Bourges, 5 décembre 1810 (Carré, en note, n° 534), et l'autre de la cour de Poitiers, du 22 mai 1829 (S.-V., 29, 2, 194), et Carré, *Lois de l'org.*, art. 39, ont cependant protesté contre cette doctrine.

4° Le prêt fait par une maison de banque à un individu non commerçant, par obligation notariée, contenant constitution d'hypothèques sur les biens de l'emprunteur, peut être réputé commercial à l'égard du commerçant prêteur. — Un tel acte a pour effet de rendre justiciable du tribunal de commerce, non-seulement le prêteur, mais encore son cessionnaire non commerçant, surtout s'il est établi que l'acte de cession se liait à l'acte de prêt par suite d'une connivence frauduleuse, qui aurait existé entre le prêteur et son cessionnaire [8].

5° Le billet à ordre causé *valeurs en objets mobiliers*, énonce une cause étrangère au commerce [9].

---

[1] Despréaux, n° 529. — Orillard, n° 205.

Un tailleur d'habits qui, alors même qu'il ne serait pas dans l'habitude de fournir l'étoffe des habits qu'il confectionne, accepte, sans qu'il lui fût adressé, du drap en pièces expédié par un négociant en cette marchandise, est censé l'avoir reçu pour le revendre dans l'exercice de sa profession, et partant devient, pour cet acte, justiciable du tribunal de commerce. (Liége, 21 fév. 1844; *J. de Br.*, 1844, page 440 *Voy.* Liége, 28 avril 1841, *ibid.*, 1842, page 436).

[2] Cass., 9 vendém. an 13 (S.-V., 5, 1, 38); — Paris, 23 juin 1807 (S.-V., 7, 2, 671); — Paris, 1er oct. 1806 (S.-V., 7, 2, 813); — Paris, 10 mars 1814 (S.-V., 16, 2, 188).

[3] Gand, 8 juin 1841, *J. de Br.*, 1841, page 376.

[4] Cass., 27 fév. 1826 (S.-V., 27, 1, 6); — Amiens, 4 avril 1826 (S.-V., 27, 2, 169); — Paris, 8 août 1829 (S.-V., 9, 2, 316); Cass., 8 juill. 1836 (S.-V., 36, 1, 694); *Voy.* Orillard, n° 206, Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 50; — Despréaux, n° 525; — Carré, *Lois de l'org. jud.*, tome VII, pages 316 et 317.

[5] Cass., 26 vend. an 7 (S.-V., 1, 1, 173).

[6] Mais voy. Brux., 7 mai 1832; *J. de Br.*, 1832, 1, 262.

[7] Douai, 11 juill. 1824 (Dalloz, v° *Compétence*, page 384; Bourges, 29 mai 1824 (S.-V., 25, 2, 147);—Douai, 27 fév. 1825. *Voy.* Despréaux, n° 90 (S.-V., 26, 2, 130), — Rennes, 2 juillet 1838 (S.-V., 39, 2, 340),—cass., 12 déc. 1838 (S.-V., 39, 1, 285); — E. Vincens, tome 1, chap. 4, n° 18, pages 136 et 137; — Pardessus, n° 50.

[8] Cass., 14 fév. 1834. *Voy.* Despréaux, n° 93 (S.-V., 35, 1, 145).

[9] Cass., 3 juin 1835 (S.-V., 35, 1, 628).

6° De même, quand le billet est causé *valeur en frais de poursuites d'une affaire de prise* [1].

7° De même quand la cause est *pour droits de douane dus par des marchandises* [2].

8° De même, si les termes du billet, quoique ne l'énonçant pas formellement, peuvent faire découvrir qu'il n'avait pas réellement pour but une affaire commerciale [3].

9° Les commerçants ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce à raison des dépenses faites dans une auberge par eux ou par leurs domestiques [4].

10° Cependant il faut faire une distinction : les engagements qu'un voiturier souscrirait envers un aubergiste pour la nourriture de ses domestiques et celle des chevaux employés aux transports qui constituent son industrie, devraient être considérés comme faits à l'occasion de son exercice et motiveraient la compétence de la juridiction commerciale [5].

11° Le négociant, étranger au commerce des grains, qui s'engage à ensemencer son champ, et à livrer pour un prix convenu le produit de sa récolte, n'est pas, pour cette obligation, justiciable des tribunaux de commerce [6].

12° Les contestations qui s'enlèvent entre deux commerçants sur la propriété d'objets mobiliers, par exemple, de marchandises relatives à leur commerce, sont de la compétence de la juridiction commerciale [7].

Ces arrêts sont bons, ce me semble : cependant ils sont critiqués par Carré, *Lois de la comp.*, tome VII, pages 98 et suiv.

Il n'est pas possible de pousser plus loin cette nomenclature. Il suffisait de faire voir, par quelques exemples, comment les tribunaux appliquaient les principes ci-dessus posés. Dans le titre suivant, on pourra trouver, avec détails, les caractères institutifs, et, par conséquent, les caractères exclusifs de la nature commerciale.

---

[1] Cass., 8 janv. 1812 (S.-V., 12, 1, 234).
[2] Rouen, 16 juin 1827 (S.-V., 28, 2, 18).
[3] Cass., 20 janv. 1836 (S.-V., 36, 1, 494). — *Voy.* Orillard, n° 457.
[4] Metz, 9 juill. 1813 (S.-V., 14, 2, 174). — *Voy.* Orillard, n° 189.
[5] Toulouse, 8 mai 1835. — Lyon, 16 janv. 1838. — Pardessus, n° 51. — *Voy.* Orillard, page 159.
[6] Liége, 21 janv. 1813 (S.-V., 14, 2, 312).
[7] Cass., 4 prairial an 11 (Dalloz, v° *Compét.*, page 413 : — Nîmes, 24 mars 1807 (S.-V., 12, 2, 202). — Dalloz, v° *Compét.*, page 415.

LIVRE DEUXIÈME.

DES ACTES DE COMMERCE.

SOMMAIRE.

1. Les actes de commerce forment l'objet de la législation commerciale. — Il est important de les étudier avec soin. Ils peuvent émaner d'individus non commerçants.
2. Dispositions du Code. — Art. 632, 633, 634, 635 et 636.
3. Ces dispositions établissent une présomption, qui peut être détruite par la preuve contraire.
4. Les non-commerçants qui font des actes de commerce peuvent être traduits devant les tribunaux de commerce.
5. Vice de rédaction de l'art. 632. — Il est des actes qui sont *déclarés*, d'autres qui sont *réputés* commerciaux.
6. Importance et difficulté de bien définir les caractères des actes de commerce. — Les art. 632 et suivants ne sont pas limitatifs.
7. La volonté seule des parties ne crée pas l'acte de commerce; il faut que cette volonté concorde avec la loi. — Le principal caractère est l'intention de spéculer.
8. Il serait dangereux d'établir une classification ; il vaut mieux suivre l'ordre de la loi et la commenter.
9. L'acte peut être commercial à l'égard d'une partie, et civil quant à l'autre partie. — Les effets de l'acte sont alors déterminés suivant qu'on les poursuit contre tel ou tel contractant.
10. Celui qui actionne un défendeur, commerçant ou assigné pour acte de commerce, peut le traduire, à son choix, devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. —Discussion. — Jurisprudence et opinion des auteurs. — Citation du texte de l'arrêt le plus récent de la cour de cassation.

1. Les actes de commerce forment l'objet de la législation commerciale; par leurs résultats, ils ont une influence si directe sur l'avenir, sur la liberté des personnes, que leur étude est une des plus graves de cette législation.

En pénétrant dans cette étude, nous devons le faire remarquer dès l'abord : pour qu'une opération soit empreinte du caractère commercial, il n'est pas nécessaire qu'elle émane d'un commerçant. Cependant la qualité de la personne doit être prise en sérieuse considération, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature d'un acte.

2. Nous avons rappelé dans le livre précédent, page 5, en note, la disposition de l'article 631 du Code de comm. qui attribue à la juridiction commerciale la connaissance des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers, et, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce : plus tard, et dans le livre qui va suivre, nous aurons à développer cette pensée.

Voici maintenant l'énumération de ces actes déclarés commerciaux.

Art. 632. « La loi répute actes de commerce :

» Tout achat de denrées et de marchandises » pour les revendre, soit en nature, soit après » les avoir travaillées et mises en œuvre, ou » même pour en louer simplement l'usage.

» Toute entreprise de manufacture, de com» mission, de transport par terre ou par eau;

» Toute entreprise de fournitures, d'agences, » bureaux d'affaires, établissements de ventes à » l'encan, et spectacles publics ;

» Toute opération de change, banque et courtage ;

» Toutes les opérations des banques publiques;

» Toutes obligations entre négociants, mar» chands et banquiers;

» Entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. »

Art. 633. « La loi répute pareillement acte » de commerce toute entreprise de construction » et tous achats, ventes et reventes de bâtiments » pour la navigation intérieure et extérieure;

» Toutes expéditions maritimes ;

» Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et » avitaillements ;

» Tout affrètement ou nolissement, emprunt » ou prêt à la grosse, toutes assurances et » autres contrats concernant le commerce de » mer ;

» Tous accords et conventions pour salaires et » loyers d'équipages ;

» Tous engagements de gens de mer, pour le » service de bâtiments de commerce.

» Art. 634. Les tribunaux de commerce con- » naîtront également :

» 1° Des actions contre les facteurs, commis » des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait » seulement du trafic du marchand auquel ils » sont attachés ;

» 2° Des billets faits par les receveurs, » payeurs, percepteurs ou autres comptables de » deniers publics ;

» Art. 635. Les tribunaux de commerce con- » naîtront de tout ce qui concerne les faillites, » conformément à ce qui est prescrit au livre 3me » du présent Code.

» Art. 638. Ne sont point de la compétence » des tribunaux de commerce, les actions inten- » tées contre un propriétaire, cultivateur ou » vigneron, pour ventes de denrées provenant » de son cru, les actions intentées contre un » commerçant, pour payement de denrées et » marchandises achetées pour son usage particu- » lier. »

3. Les articles que nous venons de transcrire établissent une présomption qui s'attache à toutes les personnes, placées dans les situations ci-dessus prévues : mais, comme toutes les présomptions, la preuve contraire peut la détruire et restituer à l'engagement sa véritable nature. — Brux., 7 janvier 1832 (de Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 5, page 7); Bordeaux, 19 avril 1836.

4. Aux termes de l'art. 631, les non-commerçants sont justiciables des tribunaux de commerce, par cela seul qu'ils sont poursuivis à raison d'opérations commerciales. Aussi la cour de cassation, par son arrêt du 3 juin 1817 (S.-V. 17, 1, 276), a fort sagement jugé que tout arrêt qui suppose qu'il faut être commerçant pour être justiciable de ces tribunaux doit être cassé comme contraire à la loi.

5. La rédaction des art. 632 et 633 nous inspire une première observation fort importante. — A voir les termes de ces articles, on serait tenté de croire que la loi établit une simple présomption; qu'elle se contente de *réputer* commerciales les opérations qu'elle énumère. Il n'en est point ainsi : les actes dont la nomenclature est faite, sont non-seulement *réputés*, mais encore *déclarés* commerciaux. — Ainsi l'achat de denrées, fait dans le but de les revendre, est contracté avec un esprit mercantile, qui lui a fait attribuer un caractère commercial.

Il eût donc été beaucoup plus exact de dire : Art. 632. La loi *déclare* actes de commerce tout achat, etc. Art. 633. La loi *déclare* pareillement actes de commerce toute entreprise, etc.

Cela eût été d'autant plus logique qu'il est des actes qui sont seulement *présumés* commerciaux : ce sont ceux, qui sans se trouver dans la catégorie des opérations ci-dessus indiquées, émanent de négociants, marchands ou banquiers. — Comme nous l'avons vu, dans le livre précédent, chap. 8, page 127 et suiv., la qualité de commerçant imprime à de pareilles obligations une présomption de commercialité, qu'il est permis de détruire par la preuve contraire. Pour faire ressortir cette nuance et pour rétablir cette distinction fondamentale, il eût suffi, après avoir *déclaré* quels actes participent de la nature commerciale, d'ajouter, au sixième paragraphe de l'art. 632 : Sont *réputés* actes de commerce les obligations entre négociants, marchands et banquiers.

6. Il serait d'une haute importance de définir d'une manière précise les caractères qui impriment aux conventions la qualité d'actes de commerce; mais, il faut le dire, les opérations commerciales offrent tant de nuances, elles se compliquent de tant de difficultés, elles touchent si souvent, et par tant de liens, aux transactions de la vie civile, qu'il est bien difficile de leur assigner une limite exacte et de les appuyer sur des principes absolus.

Quant à nous, après une étude approfondie de l'ensemble de la loi, des monuments de la jurisprudence et de la doctrine des auteurs, nous n'avons pu découvrir une règle exacte, qui pût nous guider avec certitude dans cette délicate appréciation. — Si l'on s'efforce à faire une classification, elle est nécessairement incomplète ; plusieurs contrats, régis tout à la fois par le droit commun et par le droit commercial, sont indistinctement employés par le simple particulier et par le négociant ; ils prennent ou quittent le caractère commercial, suivant le lieu où ils se sont passés, suivant l'intention qui leur a donné naissance, suivant la profession de leur auteur et suivant leur fréquence ou leur rareté [1].

Il faut un tact bien sûr, pour discerner le point où finissent les transactions civiles et où commencent les actes de commerce : il faut un esprit bien exercé pour sortir des difficultés que des faits variés renouvellent sans cesse.

Aussi le législateur a suivi une marche rationnelle lorsqu'il a fait une nomenclature, aussi complète que possible, des faits qui doi-

[1] Delamarre et Lepoitevin divisent les actes de commerce en trois catégories. Suivant eux, 1° certains actes ont le caractère commercial *re ipsa* ; — 2° d'autres ne l'ont pas d'une manière absolue, mais sont réputés l'avoir par la seule qualité des personnes qui les ont faits ou fait faire; — 3° d'autres enfin ne le doivent qu'à l'intention des personnes qui les font elles-mêmes ou par l'agissement d'autrui (*Traité du contrat de commission*, tome Ier, chap. II, n° 34, page 37.) — Cette division a le mérite d'être très-juste, mais elle a le tort d'être incomplète. C'est là le danger des définitions, qui ne permettent pas de prévoir toutes les hypothèses.

vent être réputés des faits commerciaux. Ce sont des données premières, qui peuvent aider dans les recherches des actes analogues. Nous ne saurions partager l'opinion de ceux qui pensent que l'énumération de la loi détermine les sèuls actes qui doivent être appelés commerciaux. — A nos yeux, les art. 632 et 633 ne sont pas limitatifs, mais seulement indicatifs; lorsque des opérations auront une nature analogue, nous croyons et nous démontrerons plus tard, la jurisprudence à la main, qu'il faut les ranger sur la même ligne.

7. Deux principes dominent cependant cette grave matière.

En premier lieu, comme les actes de commerce ont pour résultat d'intervertir l'ordre naturel des juridictions, et de soumettre à la contrainte par corps, la volonté seule des contractants ne saurait être constitutive des actes de commerce. Il faut que cette volonté concorde avec la loi qui accorde ou refuse le caractère de commercialité : il faut que les conditions que trace la loi se retrouvent exactement, ou qu'il existe des points de contact tellement identiques, que l'on ne puisse craindre de sortir de son esprit.

En second lieu, le fait principal auquel on reconnaît un acte de commerce, c'est l'intention de celui qui le produit : s'il a contracté pour opérer un placement, pour satisfaire à un besoin ou à un intérêt de la vie, il est resté dans les limites du droit commun. Si, au contraire, il a spéculé, s'il s'est livré aux hasards d'un trafic, s'il a acquis à bon marché pour revendre plus cher, s'il a vendu pour acheter à meilleur prix, si, en un mot, il a eu pour but de se procurer par la spéculation un bénéfice, il est entré dans une voie exceptionnelle, et ses engagements se sont colorés d'une teinte commerciale.

8. Ces réflexions nous ont amené à penser que, sans chercher de vaines catégories, le meilleur système est celui qui consiste à suivre les indications de la loi, à parcourir successivement, et dans l'ordre déterminé par elle, la série des actes réputés actes de commerce, et à rechercher dans les monuments de la jurisprudence ou dans les textes isolés, les espèces auxquelles, par analogie, les principes généraux ont été appliqués.

Tel est l'objet des neuf chapitres suivants.

9. Un dernier mot, avant de terminer ces explications préliminaires.

Dans tout contrat, il y a deux parties. — Chaque partie agit, suivant la qualité qui lui est propre, et dans des intentions qui peuvent diverger. Ainsi, un acte peut être commercial de la part de l'un des contractants, et purement civil de la part de l'autre contractant. — L'individu qui achète à un simple particulier les produits de sa récolte, et qui compte bénéficier sur ces achats, fait une opération de négoce, tandis que le vendeur reste dans la limite des transactions civiles. L'individu qui s'engage par lettre de change souscrit une obligation commerciale, tandis que cette même lettre de change ne vaut que comme simple promesse à l'égard des femmes et filles non marchandes publiques. — Il résulte de là qu'il est indispensable de considérer la nature de l'acte dans ses rapports avec le débiteur, contre lequel on en poursuit l'exécution, et avec le créancier qui fait valoir ses droits. Ainsi le simple particulier, qui assigne un individu, ayant fait un acte de commerce, et à raison de cet acte, peut le traduire devant la juridiction commerciale et le soumettre aux modes d'instruction ou de contrainte qu'elle comporte [1]. — Au contraire celui qui n'a point fait opération commerciale a pour juges naturels les tribunaux civils, et ne peut en être distrait par son adversaire [2].

10. Ici se présente une question controversée :

Quand la personne obligée commercialement est défenderesse, doit-elle nécessairement être traduite au tribunal de commerce? Son adversaire, que n'a lié qu'un contrat civil, ne peut-il saisir la juridiction ordinaire?

L'art. 10 du titre XII de l'ordonnance de 1673 disposait en termes formels que l'option appartenait au demandeur, qui n'avait pas fait acte de commerce. Le Code ne me semble pas avoir dérogé à cette règle. L'art. 631 dit bien que les tribunaux de commerce *connaîtront* entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce; mais, suivant nous, dans l'espèce qui nous occupe, l'acte de commerce surgit ou disparaît, au gré du demandeur, suivant qu'il considère le contrat à l'égard de son adversaire ou à l'égard de lui-même. S'il s'adresse à la juridiction commerciale, il est censé dire : « M. un tel a fait l'opération que voici; elle est commerciale : condamnez-le à l'exécuter. » — Si, au contraire, il porte sa prétention devant le juge ordinaire, son langage est celui-ci : « J'ai fait avec M. un tel la convention que voici : elle est civile; je veux l'exécuter, il se refuse à prendre livraison : déclarez-moi libéré et condamnez-le à recevoir [3]. »

[1] Un marchand qui a fourni à un non-commerçant un objet dépendant de son commerce, peut, du chef de cette vente, être traduit devant les tribunaux consulaires. Brux., 8 avril 1841. *Voy.* dans ce sens Brux., 27 déc. 1826, (*J. de Br.*, 1827, tome II). Despréaux, *Comp. des trib. de comm.*, n° 535. — *Contra*, Dalloz, tome IV, pages 302, 347 et 360.

[2] Lorsque l'une des parties est marchande et l'autre ne l'est pas, c'est à la nature de l'engagement du défendeur qu'il faut s'attacher pour déterminer la juridiction à suivre Brux., 29 décembre 1838; (*J. de Br.*, 1839). *Voy.* dans ce sens Dalloz, tome V, page 366, n° 2; Locré, *Esprit du Code de comm.*, tome VIII, page 200.

[3] Cass., 12 déc. 1836 (S.-V., 37, 1, 412); — Bourges, 17 juill. 1837 (S.-V., 38, 2, 120); — Bourges, 31 mars 1841 (S.-V., 42, 2,

Voici le texte de l'arrêt le plus récent de la cour de cassation, de celui du 6 novembre 1843, qui consacre mon opinion :

« Vu l'art. 631, Code de comm. ;

» Attendu que la juridiction des tribunaux de commerce est une juridiction d'exception qui doit être restreinte dans les limites expressément tracées par la loi ;

» Attendu qu'il n'est pas méconnu par l'arrêt attaqué que le demandeur en cassation n'était pas négociant, marchand ou banquier, et n'a pas fait personnellement acte de commerce ;

» Que, d'après l'article précité, il n'était point soumis à la juridiction commerciale ;

» Attendu que, si l'absence, en sa personne, de la qualité de commerçant, et la nature de l'obligation en ce qui le concerne, lui conféraient le droit de ne point subir la juridiction commerciale, devant laquelle il aurait été assigné, il n'était point tenu davantage de subir cette juridiction, lorsqu'il se constituait demandeur ; — Casse, etc. »

CHAPITRE PREMIER.

Des achats de denrées et marchandises.

SOMMAIRE.

Disposition des deux premiers alinéa de l'art. 632 du Code de commerce.—Division de ce chapitre.

« La loi répute acte de commerce,

» Tout achat de denrées et marchandises pour
» les revendre, soit en nature, soit après les
» avoir travaillées et mises en œuvre, ou même
» pour en louer simplement l'usage. »

Chacune de ces expressions, empruntées à l'art. 632, est importante et mérite un commentaire spécial. — Pour que cet examen soit complet, nous diviserons ce chapitre en deux sections. — Dans la première, nous traiterons des dispositions de la loi en les suivant une à une : ce sera l'objet des six paragraphes suivants. — Dans la seconde, nous ferons connaître les espèces décidées par la jurisprudence.

PREMIÈRE SECTION.

§ Ier.

Tout achat.

SOMMAIRE.

1. La première condition, pour que l'acte de commerce existe, c'est qu'il y ait achat ; une transmission gratuite ne suffirait pas.
2. Le mot *achat* n'exclut pas toujours les *ventes*. —Il est des ventes qui peuvent être commerciales. — Discussion de cette proposition : Opinion contraire de Locré ; celle de Pardessus est moins opposée ; jurisprudence.

1. La première condition posée pour qu'il y ait acte de commerce, c'est que les marchandises destinées à être revendues aient été *achetées*, c'est-à-dire acquises moyennant un prix

---

78) ;—cass., 6 nov. 1843 (S.-V., 44, 1, 168) ;—Pardessus, n° 1347 ; — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Commerce (acte de)*, § 9 ;— Horson, quest. 205.—Dageville, tome 1er, page 17.

En sens contraire. Bastia, 10 août 1831 (S.-V., 33, 2, 87) ; —Orléans, 5 mars 1842 (S.-V., 42, 2, 393),— Locré, tome VIII, page 200 ; — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. II, § 1er, n° 8, tome V, page 606 ; — Carré, *Lois de la compét.*, art. 385, n° 487 ;—Orillard, n°s 234 et 235. — Le non-commerçant qui, en prêtant, n'a contracté de son côté qu'une obligation civile, n'a pas pour cela le choix d'attraire le commerçant devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. Il est tenu de procéder devant la juridiction commerciale. *Voy.* dans ce sens Despréaux, n° 538 ; Favard, v° *Trib. de comm.* ; Dalloz, tome V, page 366 ; Locré, *Esprit du Code de comm.*, tome VIII, page 200 (Gand, 8 juin 1841).

payé en argent ou en un équivalent ayant cours dans le commerce. Si les objets dont il s'agit avaient été transmis par succession, donation ou autrement à titre gratuit, le caractère indispensable pour constituer l'opération commerciale manquerait complétement.

C'est en ce sens, et par suite de l'absence de la condition d'achat, que la loi a considéré comme purement civiles les ventes faites par un propriétaire des produits de son fonds procurés par la culture.

2. Les mots *achats* et *ventes* sont nécessairement corrélatifs, en ce sens qu'il est impossible de concevoir une vente sans un achat et réciproquement : lorsqu'une personne achète, il se trouve une autre personne qui vend. Sous ce rapport, ces expressions sont fréquemment et indistinctement employées dans le langage du droit.—Cependant lorsqu'il s'agit de rechercher les conséquences du contrat de vente, à l'égard de tel ou de tel contractant, il est indispensable de les séparer et de leur restituer la signification qui leur est propre.

L'art. 632, en déclarant actes de commerce *les achats* de denrées et marchandises, se tait sur *les ventes* de ces mêmes objets ; ce silence indique-t-il que les ventes ne pourront, dans aucun cas et contre aucune personne, être considérées comme opérations commerciales?

Locré, dans son commentaire sur l'art. 632, tome VIII, page 62, a le premier manifesté cette opinion, que le législateur n'a entendu qualifier fait de commerce que les achats, et son opinion, accueillie par certains auteurs sans un examen approfondi, a passé auprès d'eux pour une vérité acquise.

Cependant les tribunaux, dans plusieurs occasions, ont admis un système contraire et tenu pour commerciales des ventes faites même par de simples particuliers.

Quant à moi, je pense que l'avis de Locré est manifesté d'une manière beaucoup trop absolue, et que, maintes fois, les circonstances doivent lui donner tort. J'ajoute qu'en principe, la vente ne change pas de caractère lorsqu'elle émane soit d'un commerçant, soit d'un simple particulier, et que l'intention de l'un ou de l'autre, que les faits qui l'ont précédée ou suivie peuvent lui donner, lui faire reconnaître ou lui enlever le caractère commercial.

Voici les raisons qui ont frappé mon esprit :

Il est bien vrai de dire que le Code garde un silence complet sur les ventes de marchandises ; il attribue seulement, et par une disposition expresse, le caractère commercial aux achats qui se trouvent dans les conditions que nous rappellerons tout à l'heure, et, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, il n'est point permis de considérer la vente et l'achat comme présentant une synonymie ; mais ce silence de la loi est-il une dénégation ? Parce que la loi n'a point dit spécialement : La vente sera acte de commerce, faudra-t-il nécessairement inférer que la vente ne sera pas acte de commerce ? Cette conséquence paraîtrait forcée.

Nous l'avons exposé : à nos yeux l'art. 632 n'est point limitatif ; dans l'impuissance d'établir un principe général, le législateur a recherché avec soin à réunir des espèces dans lesquelles le fait de commerce apparaît avec évidence, et qu'il a consacrées comme autant de symboles. A ces espèces, il a, non pas tant imprimé que reconnu la nature commerciale. Nulle part il n'a déclaré que son énumération était l'extrême limite.

Pourquoi donc a-t-il qualifié actes de commerce les achats de denrées ou marchandises? Est-ce uniquement parce qu'il s'agit de l'acquisition de choses qui sont les éléments principaux et habituels du commerce? Non sans doute, c'est parce que dans l'achat de ces choses commerciales, il a vu l'intention de trafiquer, de faire un bénéfice ; aussi s'est-il empressé d'ajouter : *l'achat pour revendre*. Pour le législateur, ce n'est pas *le contrat* qui a constitué l'acte commercial, c'est *le but* qui a présidé à la convention, c'est le résultat qui devait s'ensuivre. Cela est si vrai, que nous voyons l'art. 638 du Code de comm. restituer à la juridiction civile les actions intentées contre le commerçant, pour payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. En achetant ces denrées et marchandises, ce commerçant, n'ayant pas eu en vue de faire et n'ayant point fait une spéculation, s'est engagé dans les termes du droit commun.

Nous tirons de là cette conséquence, que de même qu'il peut y avoir achat sans acte de commerce, lorsque manquent et l'intention et le fait du trafic, de même il peut exister acte de commerce, à l'occasion d'une simple vente, lorsque l'intention et le fait du trafic se rencontrent. Ainsi une personne se trouve propriétaire de marchandises ou de denrées ; elle les vend dans l'intention de spéculer, d'acheter d'autres denrées ou marchandises qui seront en hausse, et sur la revente desquelles elle fera un bénéfice ; nous verrons dans cette opération un double acte de commerce ; le premier aura été consommé par la vente faite dans une pensée de négoce, le second aura pris naissance le jour de l'achat qui a suivi la vente.

Maintenant, que l'on applique ces principes à un commerçant, et l'on verra combien ils sont justes. Un marchand a rempli ses magasins de marchandises ; en les achetant, il fait la première partie de l'acte objet de son exploitation, qui a pour but de réaliser un bénéfice : en les écoulant, il accomplit la deuxième partie de cet acte, et il mène à fin son entreprise. De même qu'il fit une opération commerciale lorsqu'il acheta pour revendre, de même il a fait une opération de semblable nature lorsqu'il a

vendu pour racheter. Les magasins des négociants ou des marchands en gros, les boutiques des détaillants se peuplent, se vident et se repeuplent au moyen de ce roulement incessant qui forme l'essence de leur négoce.

Supposons que ce marchand n'ait pas acheté de marchandises : il tient son fonds de son père, dont il vient d'hériter; s'il vend, s'il écoule pour liquider, il ne fera pas opération commerciale. Mais s'il a l'intention de continuer le commerce, s'il l'annonce au public, si en un mot cette intention est reconnue et constatée, est-il possible de dire qu'il ne fait pas des actes de commerce lorsqu'il vend pour gagner et pour renouveler l'assortiment de sa boutique?

Pardessus, nº 20, manifeste une opinion qui se rapproche de la nôtre. Après avoir comme nous distingué l'achat de la vente, il déclare que celui qui a acheté pour revendre, se livre à un fait de commerce, lorsque exécutant sous le but qu'il s'était proposé, il opère cette revente. Développant cette pensée, au moyen d'un exemple, il ajoute que non-seulement l'achat d'une barrique de vin pour la vendre, mais encore cette vente, sont actes de commerce.

En résumé, la vente comme l'achat tirera son caractère de la destination donnée par le vendeur au produit des choses vendues. Si en se défaisant de denrées produites par ses propriétés foncières [1], ou de marchandises arrivées dans ses mains par donation, succession ou autrement, il a eu pour but de réaliser son avoir, il est resté dans la limite des transactions du droit commun : si, au contraire, il a vendu pour pouvoir racheter et trafiquer, il s'est immiscé dans la vie commerciale [2].

La difficulté, sans être definitivement résolue par la jurisprudence, a cependant été soumise aux tribunaux. — Les cours de Nîmes, arrêt du 1er août 1809 (S.-V., 10, 2, 548), et de Metz, arrêt du 19 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 312), ont décidé que les ventes de marchandises faites en foire par un commerçant, et destinées à l'usage particulier d'un non-commerçant, n'étaient point constitutives d'une opération commerciale, même à l'égard du commerçant. — La cour de Toulouse, par son arrêt du 24 décembre 1824 (S.-V., 25, 2, 413), la cour de cass. de Brux. par arrêt du 21 octobre 1827 (*Journal de Brux.*, tome de 1827, 1, 71, et Devilleneuve, *Dict. du cont. comm.*, vº *Achat*, page 9, ont adopté le système opposé [3]. — Voici, en outre, une espèce qui m'est personnellement connue.

Le général D......, non commerçant, avait vendu et s'était obligé à livrer dans un délai déterminé au sieur G......, entrepreneur, une certaine quantité de pierres meulières; le délai passé sans exécution, le général fut assigné devant le tribunal de commerce et condamné *par corps*, sur ce motif qu'il avait acheté en vue de l'opération, le terrain sous lequel étaient situées les carrières dont il devait extraire les pierres objet du marché; qu'en vendant ensuite lesdites pierres il avait derechef fait un acte de commerce et contracté une nouvelle obligation commerciale. Sur l'appel du général, je me présentai devant la cour, et là j'exposai la question de droit : j'expliquai le système développé par Locré, dont je lus quelques passages; et je demandai aux magistrats de la cour d'examiner la difficulté et de décider si la *vente* faite par un non-négociant, même dans la vue de réaliser un bénéfice, tombait sous l'application de l'art. 632; je m'empressai toutefois d'ajouter que, dans ma conviction personnelle, l'art. 632 n'étant pas limitatif, permettait de classer au nombre des faits commerciaux ceux qui étaient fondés sur l'intention de trafiquer; que dès lors, en droit, après avoir signalé à la cour le point du débat, je m'en rapportais à la sagesse des magistrats. Mais, après cet exposé, entrant dans le domaine des circonstances de la cause, je soutins que les premiers juges étaient partis, en fait, d'un point de vue inexact; que le général n'avait point acheté les terrains en vue de les exploiter commercialement et qu'il n'avait point vendu pour procéder à cette exploitation : je m'efforçai de démontrer qu'il était propriétaire des terrains antérieurement au marché fait à l'entrepreneur G......, et que dès lors, en passant avec ce dernier un contrat de vente, il avait voulu tirer parti d'une propriété foncière et lui faire produire ce qu'elle pouvait rapporter. Malheureusement la cour n'accueillit pas mes observations *sur le point de fait*, et partagea mon opinion *sur le point de droit* : par arrêt du 2 juillet 1838, considérant la vente comme commerciale, elle reconnut la compétence de la juridiction consulaire et maintint la condamnation par corps.

Enfin, la cour de cassation, par arrêt du 10 août 1806 (S.-V., 6, 2, 753), a jugé que la vente d'un permis d'exportation de grains faite par un commerçant à un autre commerçant était, pour l'acheteur comme pour le vendeur, un acte de commerce.

---

[1] Le propriétaire d'une carrière de pierres à diguer, qui en vend le produit après les avoir converties en pavés et bordures, ne fait pas acte de commerce. Brux., 4 janvier 1843.

[2] Un propriétaire cultivateur, qui exploite en même temps un moulin et achète du grain pour le revendre converti en farine, est commerçant, et par suite il peut être déclaré en état de faillite. Liége, 2 janv. 1841. *Voy.* sur le point, Despréaux, *Comp. des trib. de comm.*, nº 361; cass., 26 janv. 1818; Angers, 11 déc. 1823, Dalloz, tome IV, page 336; Carré, *Lois de la compét.*, nº 491, tome IV, page 393.

[3] *Voy.* Despréaux, nº 535.

§ II.

De denrées et marchandises.

SOMMAIRE.

1. Ce qu'on entend par denrées et marchandises. — Certains droits incorporels peuvent aussi faire l'objet d'opérations commerciales. — Exemptes.
2. Division des biens en meubles et immeubles. — Les immeubles ne forment pas la matière des actes de commerce. — Jurisprudence et doctrine.
3. L'achat de maisons pour les démolir et en revendre les matériaux peut être considéré comme commercial. — Jurisprudence.

1. Les choses dont l'achat peut constituer acte de commerce sont les denrées et les marchandises. — Les *denrées* comprennent les produits bruts de la nature, destinés à l'entretien et à la nourriture de l'espèce humaine, et qui se consomment ou se dénaturent au premier usage que l'on en fait. — Le mot *marchandise* s'applique aux produits façonnés par l'industrie ou par les arts, destinés à des besoins moins impérieux que ceux de la nourriture de l'homme, et qui, s'altèrent par un usage successif, ne se consomment point immédiatement.

La différence entre les marchandises et certains droits incorporels, *quæ in jure consistunt*, est difficile à nettement établir : aussi le langage du droit admet sur ce point une certaine confusion. Ainsi les achalandages de magasin, et les ustensiles qui servent à l'exploitation des fonds de commerce, le droit de publier les productions scientifiques et littéraires, les brevets d'invention, qui permettent d'exploiter privativement les découvertes industrielles ou artistiques, les actions dans les compagnies industrielles, les titres des banques, les effets publics, sont l'objet de transactions commerciales : — de même les connaissements et factures, qui confèrent le droit d'exiger la livraison des choses vendues, sont sous certains rapports assimilés aux marchandises, dont ils sont en quelque sorte le signe. — Les lettres de change et autres effets de commerce, qui, à leur tour, représentent les métaux, comme ceux-ci représentent la marchandise, sont également placés sur la même ligne. — Les esclaves des colonies, chose inhumaine mais pourtant admise, sont compris aussi sous la dénomination de marchandises.

2. L'art. 516 du Code civil divise les biens en meubles et en immeubles.

Le commerce marque au coin de la célérité toutes les opérations qu'il entreprend : il étend son empire sur toutes les choses qui, susceptibles de propriété privée, sont, par leur forme et leur nature, d'une transmission facile : il faut que l'objet de ses marchés puisse sans effort passer de main en main, réellement ou fictivement. — De même que le caractère particulier des actes, instruments de ses conventions, repose sur une extrême simplicité, de même ces conventions doivent avoir pour aliment des choses qui puissent entrer dans la circulation.

La propriété des objets mobiliers, indépendamment des actes qui peuvent la régler, s'établit par la simple possession, et, à ce titre, ils répondent à merveille aux besoins du commerce. — Les immeubles au contraire ne sont transmissibles que par la voie des contrats authentiques : la rédaction pénible et lente de ces contrats est entourée de formes à l'étude desquelles il faut, pour les savoir, s'être spécialement voué. Susceptibles d'hypothèques, les immeubles ne deviennent libres, entre les mains de l'acquéreur, qu'après l'accomplissement de longues et coûteuses formalités. Comment pourraient-ils devenir un aliment utile aux opérations commerciales? D'un autre côté, ne serait-ce pas entraver la justice consulaire que de soumettre à ses décisions des questions de droit abstrait, qui reposent sur les principes les plus ardus de notre loi civile?

C'est sans doute parce que ces graves inconvénients avaient frappé le législateur, que l'article 632 n'a déclaré fait de commerce que l'achat *des denrées et marchandises*, c'est-à-dire des choses mobilières de leur nature. L'achat d'immeubles, opéré avec une pensée de spéculation, ne présenterait donc pas les caractères des obligations commerciales [1].

3. Si l'achat des propriétés immobilières ne

---

[1] Cass., 28 brum. an 13 (*Pasicrisie*); — Paris, 14 mai 1812 (S.-V., 12, 2, 339); — Metz, 12 juin 1812 (S.-V., 12, 2, 417); — cass., 14 déc. 1819, Dalloz, (tome IV, page 371). — Lyon, 26 fév. 1829 (S.-V., 29, 2, 119); — Bourges, 4 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 84); — Paris, 8 oct. 1830 (S.-V., 31, 2, 282); — Paris, 30 avril 1839 (*Voy.* Orillard, n° 285); — Orléans, 16 mars 1839; — Bourges, 10 mai 1843 (S.-V., 44, 2, 38).

Pardessus, n° 8. — Bravard-Veyrières, page 908. — E. Vincens, tome 1er, page 123; — Merlin, *Quest.*, v° *Acte de commerce* § 4; — Dageville, tome 1er, page 14; — Carré, *Lois de la compét.*; — Malpeyre, page 9; — Delangle, *Des sociétés commerciales*, n° 28; — Despréaux, n° 342; — Orillard, n° 187.

constitue pas, par lui-même, un acte de commerce, on doit néanmoins ranger dans la classe des actes commerciaux plusieurs des faits qui en sont la suite habituelle. — Ainsi sera-t-il lorsqu'un individu aura acheté une maison dans le but de la démolir et d'en revendre les matériaux, ou bien lorsqu'il aura acheté des bois dans le but de les couper et de les vendre [1].

§ III.

Pour les revendre.

SOMMAIRE.

1. L'achat de denrées et marchandises n'est commercial que lorsqu'il est fait avec l'intention d'opérer la revente. —L'intention ressort des circonstances du fait : en général, la qualité de l'acheteur et la quantité des denrées et marchandises sont des indices.
2. Trois observations découlent de ces expressions de l'art. 632 : en premier lieu, l'intention de revendre doit exister au *moment même* où l'achat est fait ; peu importerait qu'elle survînt postérieurement.—Exemples :— Citation d'Arm. Dalloz.
3. En deuxième lieu, la *réalisation* de cette intention est moins importante que l'intention elle-même.
4. En troisième lieu, l'intention de revendre doit être *principale*, et non pas *accessoire* à une autre opération purement civile.—Exemples : — Jurisprudence et opinion des auteurs.

1. Il ne suffit pas, pour qu'il existe une obligation commerciale, qu'il soit intervenu un achat de denrées et marchandises, il faut encore que cet achat ait été entrepris dans la vue d'opérer *une revente*.

En général, on doit présumer l'intention de revendre lorsque la quantité des denrées ou marchandises achetées est hors de proportion avec les besoins d'une consommation ou d'un usage personnel.—Le qualité de la personne est également utile à consulter.

Au surplus, c'est dans les circonstances du fait que les tribunaux doivent, à cet égard, puiser les éléments de leur décision.

2. Les expressions de cette partie de l'art. 632 nous suggèrent trois observations principales :

En premier lieu, l'*intention* de revendre devra être conçue au moment même où l'achat est effectué ; c'est le concours de ces deux pensées : «acheter bon marché, vendre cher,» qui constitue la volonté de trafiquer et l'opération commerciale. Suivant cette première règle, et quelle que soit la quantité des marchandises achetées, il n'y aura point acte de commerce, si l'intention de revendre, inspirée par des circonstances fortuites ou inaperçues dans l'origine, n'est arrivée à l'esprit de l'acheteur que postérieurement à son acquisition.—Ainsi, la récolte a produit du vin d'excellente qualité ; j'en fais une provision plus ample que d'habitude, et que je destine à mon usage particulier, pour l'époque où les vendanges ne produiront pas d'aussi beaux résultats ; ou bien je réunis une collection de tableaux, je me forme une nombreuse bibliothèque ; mais, tout à coup, ma fortune se dérange, je suis obligé d'entreprendre un voyage de long cours, je veux acheter une propriété immobilière, je me décide à réaliser la marchandise que j'avais réunie dans mes caves, je vends tableaux et livres, je ne fais point acte de commerce.—Si, au contraire, j'ai fait des achats considérables de vins, parce que j'espère que la bonne qualité de ces liquides me permettra d'y trouver un certain profit au moyen de leur revente, j'ai fait un acte de commerce. — Les circonstances dans lesquelles le marché a été conclu, son importance, le titre souscrit, la correspondance qui l'a précédé, les autres documents consultés dans tous procès, seront les éléments dans lesquels les tribunaux chercheront la preuve de l'intention de l'acheteur.— Quelquefois cette intention est transparente et résulte du contrat d'achat : le plus souvent, il faut, pour la découvrir, demander aux faits leur véritable signification.—Armand Dalloz s'exprime sur ce point en termes fort nets: « Dans les achats de marchandises, il faut considérer surtout l'intention de l'acheteur, pour savoir s'il a fait un acte de commerce. Cette intention est évidente dans certains cas, comme lorsqu'un commerçant achète des objets qu'il expose en vente dans son magasin ; dans d'autres, elle est plus difficile à découvrir, comme lorsqu'un commerçant fait l'acquisition d'objets qui pourraient servir tant à son commerce qu'à son usage particulier ; ou bien, lorsque l'acheteur est un non-commerçant, dont les achats peuvent être faits, soit dans la vue d'une spéculation, soit dans la vue d'une consommation personnelle ; c'est alors aux tribunaux à apprécier les circonstances. » (V° *Commerce (actes de)*, page 364.)

---

[1] Bourges, 19 mars 1831 (S.-V., 32, 2, 33); — Grenoble, 2 juill. 1830.

3. En second lieu, la *réalisation* de l'intention est moins importante que cette intention elle-même. — Si par ces événements que l'on ne peut ni prévoir ni empêcher, si par un changement de volonté, les marchandises achetées pour être revendues reçoivent une autre destination, la pensée primitive devra être consultée avant toute chose, et l'achat n'en restera pas moins un acte commercial.

4° En troisième lieu, l'achat d'objets mobiliers ne serait point commercial, si l'intention de revendre ces objets n'avait été qu'*accessoire* à une autre opération d'une nature purement civile. Ainsi un propriétaire de vignobles songe à vendre le vin qu'il va recueillir : pour le faire, il lui faut des presses et des cuves; pour le vendre, il lui faut des tonneaux. Comme accessoires de son exploitation, il achète ces presses, cuves et tonneaux, qu'il revendra, la campagne finie, avec ou sans ses liquides. — En agissant ainsi, il n'a pas consommé un acte commercial ; le but qu'il se proposait était l'exploitation de son fonds, occupation principale; et les achats auxquels il a été obligé de recourir en étaient une dépendance naturelle. — Il en serait de même des acquisitions que ferait l'agriculteur, et qui seraient la suite nécessaire de sa profession. Pour profiter des résidus des divers produits de la terre, pour la tenir en plein rapport, l'agriculteur achète des bestiaux qu'il engraisse; des troupeaux dont il tire du lait, de la laine, du fumier ; — des échalas qui servent à l'exploitation de ses vignes ; — des volailles qui lui donnent des œufs ; — des abeilles qui lui font du miel. En vendant ces fruits, il ne fait pas non plus une opération mercantile.

Mais si l'acheteur de ces objets mobiliers n'exerçait point la profession d'agriculteur ; s'il avait pour industrie d'acheter les bestiaux, de les engraisser et puis de les revendre ; s'il achetait des troupeaux pour les tondre et spéculer sur leur laine, des abeilles pour en revendre le miel; — si ces occupations étaient principales pour lui, il se livrerait à un trafic véritable.

Cette distinction est faite avec beaucoup de soin dans les arrêts [1].

§ IV.

Soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre.

SOMMAIRE.

Quelles personnes revendent en nature et après mise en œuvre. — Citation de l'ordonnance de 1673.

Revendre *en nature*, c'est le fait, 1° du *commerçant* proprement dit, qui achète et revend en gros les denrées ; 2° du *négociant*, qui achète et revend aussi en gros, non-seulement les denrées, mais aussi les produits manufacturés ; 3° du *marchand*, qui vend en détail les denrées et marchandises achetées par lui, soit en gros, soit en détail.

Revendre *après mise en œuvre*, c'est le fait du manufacturier, du fabricant et de l'artisan. — L'ordonnance de 1673, titre XII, art. 4, cite les exemples suivants : « Les juges et consuls connaîtront des différends pour ventes faites par » des marchands, artisans et gens de métier, à » fin de revendre ou de travailler de leur pro- » fession : *comme à tailleurs d'habits*, *pour* » *étoffes*, *passements et autres fournitures ;* — » *boulangers et pâtissiers, pour blé et farine ;* — » *maçons, pour pierres, moellon et plâtre;* — » *charpentiers, menuisiers, charrons, tonneliers* » *et tourneurs, pour bois;* — *serruriers, maré-* » *chaux, taillandiers et armuriers, pour fer;* — » *plombiers et fontainiers, pour plomb;*—*et autres* » *semblables.* »

§ V.

Soit pour en louer simplement l'usage.

SOMMAIRE.

L'achat pour louer est commercial, comme l'achat pour revendre. — Il faut la réunion des mêmes conditions : 1° qu'il s'agisse de denrées et marchandises ; 2° l'intention immédiate de louer ; 3° que cette location soit principale et non accessoire. — Exemples.

L'achat pour louer est commercial, comme l'achat pour revendre, et les principes que nous venons d'exposer s'appliquent à l'un comme à l'autre de ces achats. Il faut par conséquent que certaines conditions se réunissent au fait ou à l'intention de la location.

En premier lieu, il n'y a d'achats pour loyers

[1] Caen, 19 janv. 1840 (S.-V., 40, 2, 201); — Bourges, 14 fév. 1840 (S.-V., 41, 2, 99). — Elle avait frappé Jousse, pages 311 et 309, et elle est enseignée par Pardessus, n° 14.

commerciaux que ceux qui sont relatifs à des choses mobilières, à des denrées et marchandises. — Ainsi acheter une ferme, une maison, un café, un hôtel garni, un théâtre, pour en louer l'usage, ce n'est pas faire une opération mercantile.

Acheter des chevaux, des voitures, des bateaux, pour en louer l'usage et opérer le transport des personnes ou des marchandises, ce sera au contraire faire un acte de commerce.

En second lieu, l'intention de louer doit exister *au moment même* où l'achat est effectué : si des circonstances fortuites, et auxquelles l'acheteur n'avait pas songé dans l'origine, produisaient postérieurement cette intention, alors qu'elle n'avait point présidé à l'achat, l'acte manquerait du caractère de spéculation qui le rend commercial. — Ce caractère existerait au contraire si l'intention de louer que l'on avait en vue au moment du contrat originaire n'a pu être accomplie. Ce n'est point seulement le fait, c'est l'intention qui est la cause déterminante. Par exemple, un individu achète des chevaux, des voitures, pour son usage particulier ; mais il perd sa fortune, et il faut qu'il exerce une industrie ; il songe à utiliser ses équipages, et il les loue : il ne fait point acte de commerce, parce qu'il n'a point spéculé, parce que l'intention de louer n'existait point au moment où l'achat intervient. — Au contraire, le même individu a, dans l'origine, destiné les chevaux et voitures à des locations ; mais, avant d'accomplir son projet, il s'est aperçu que ses chevaux sont vicieux, que les voitures n'ont pas le degré de solidité voulu, que le produit du transport ne couvrirait pas la dépense ; il ne loue pas, et pourtant il a fait opération commerciale, car l'intention de spéculer existait primitivement.

En troisième lieu, l'intention de louer doit être principale et la chose louée ne doit pas être accessoire à une autre chose qui ne peut tomber dans le domaine des opérations mercantiles. — Ainsi l'achat de meubles meublants pour les louer est acte de commerce ; mais si ces meubles sont placés à perpétuelle demeure dans un immeuble, ils perdent leur caractère et deviennent immeubles par destination : leur location ne constituera plus l'acte commercial.—Par exemple, un individu est propriétaire d'un café : il ne veut pas l'exploiter, mais il désire en tirer parti au moyen d'une location : pour que cette location soit plus facile et plus avantageuse, il achète des meubles meublants à l'aide desquels il décore son établissement ; des glaces sont placées dans un parquet faisant corps avec la boiserie, des tables de marbre sont scellées à plâtre ou à chaux, des statues sont placées dans des niches pratiquées exprès pour les recevoir : ces objets mobiliers sont devenus immeubles par destination, conformément à l'art. 525 du Code civil, et leur location ne constitue pas plus un acte de commerce que la location même du fonds dont ils sont l'accessoire. — Mais, au contraire, des banquettes mobiles, des rideaux, des porcelaines et cristaux sont achetés et placés dans le fonds : comme ils conservent leur nature mobilière, leur achat est commercial, même lorsqu'il a été fait pour être loué avec le fonds, parce que restant essentiellement distincts, ils n'en sont plus l'accessoire indispensable.

D'après ces mêmes règles, le propriétaire d'un fonds rural, qui donne à cheptel à son propre fermier des bestiaux attachés à la propriété, ne fait point acte de commerce : dans ce cas les bestiaux sont censés immeubles, aux termes de l'art. 522 du Code civil ; il en serait autrement si le propriétaire, au lieu de les attacher au fonds, les achetait pour les donner à cheptel à un fermier étranger à l'exploitation de son immeuble.

§ VI.

De la location pour sous-louer.

SOMMAIRE.

La location pour sous-louer peut être commerciale dans les mêmes cas que l'achat pour louer. — Dissentiment avec Carré. — Opinions conformes de Pardessus et Merlin.

Celui qui loue pour opérer une sous-location fait-il un acte de commerce, comme celui qui achète dans l'intention de louer?

La raison de douter est tirée des termes de l'art. 632 du Code de comm., qui ne comprend dans son énumération que les achats proprement dits, et non la location.—Ce texte a si vivement frappé Carré, qu'il décide négativement la question. (*Lois de la comp.*, quest. 499.)

A notre avis, cette interprétation ne saurait être admise : nous ne saurions trop le répéter, l'art. 632 n'est point limitatif; il énonce les principales espèces des actes de commerce, il trace les caractères essentiels qui les constituent; mais, en dehors de sa nomenclature, il laisse place pour les opérations semblables.

Pour que la nature commerciale apparaisse dans une convention, il faut qu'elle ait pour but

de procurer un bénéfice par le trafic : or celui qui loue avec la pensée de sous-louer, fait une spéculation de cette nature.

D'ailleurs le texte de la loi n'a pas été sainement compris par ceux qui ont soutenu le système contraire.—Qu'est-ce donc en effet qu'une location? Quels effets produit-elle? Celui qui loue n'achète pas, il est vrai, *la propriété* de la chose, mais il *en achète l'usage* pendant un temps déterminé. — Or la loi n'exige pas *l'achat de la propriété* : dès lors, si l'on veut s'en tenir à la lettre, en *achetant pour un temps déterminé l'usage* des denrées et marchandises, on rentre à la rigueur dans ses dispositions ; mais, à coup sûr, si, sans s'arrêter à ses termes, on consulte son esprit, on accomplit les conditions prescrites [1].

DEUXIÈME SECTION.

Exemples d'actes de commerce consacrés par la jurisprudence.

SOMMAIRE.

1. *Aubergistes, hôteliers, restaurateurs.* — Les aubergistes ont pour profession habituelle d'acheter des denrées pour les revendre ou pour les louer; leurs opérations rentrent donc dans celles qui sont régies par l'art. 622 du Code de comm.; aussi l'ordonnance de 1733, les *réputant* commerçants, les avait dispensés de revêtir leurs billets d'un bon ou approuvé. De nos jours, ils ont été également considérés comme compris dans les exceptions portées à ce sujet dans l'art. 1326 du Code civil [2].

2. *Cafetiers, charrons, débitant de boissons, marchands de vaches, serruriers, voituriers, titulaires de bureaux de loterie.* — Sont également commerçants et justiciables des tribunaux de commerce, à raison des achats qu'ils font des

[1] C'est l'avis de Pardessus, n° 32, et de Merlin. *Quest. de droit*, v° *Acte de commerce*, § 6; mais *voy.* Orillard, n° 297.

[2] Trèves, 19 avril 1809 (S.-V., 9, 2, 408); — Metz, 21 juin 1815 (S.-V., 10, 2, 76); — Bourges, 19 déc. 1823 (S.-V., 25, 2, 122). *Voy.* Orillard, n° 151; Pailliet, sur l'art. 1er, Code comm.

denrées et marchandises nécessaires à l'exercice de leur profession [1] :

3. *Charpentiers, boulangers, cordonniers.* — Au contraire ne sont pas commerçants [2] :

Ces arrêts nous paraissent sujets à critique : les charpentiers achètent des bois; après les avoir transformés en charpente, ils s'en servent pour exercer leur industrie. S'ils se bornent là, ils font en quelque sorte l'office d'ouvriers, ils ne sont pas commerçants ; mais s'ils vendent ou louent ces bois qu'ils ont travaillés, ils font opération commerciale, leur fait rentre dans les faits prévus par l'art. 632. Il en est de même des boulangers, qui achètent des farines pour les revendre après les avoir transformées en pains; et des cordonniers, qui achètent des cuirs, qu'ils revendent après en avoir fait des chaussures : dans tous ces états, nous retrouvons la pensée de spéculer, qui est le caractère distinctif de l'acte commercial.

4. *Meunier.* — Le meunier, par le seul fait de sa profession, ne doit pas être réputé commerçant : il travaille pour le compte d'autrui, il moud les grains qu'on lui apporte, il ne spécule pas [3].

Mais si à sa profession il en joint une autre, s'il achète des grains pour les revendre en farine, alors, au contraire, il fait des actes de commerce [4].

5. *Pépiniériste.* — Le pépiniériste n'est pas justiciable des tribunaux de commerce pour fait de vente des arbres provenant de sa pépinière : en les livrant moyennant un prix convenu, il a exploité son fonds, comme le fait le cultivateur qui vend les produits de son champ ou de son jardin [5].

6. *Achats par le peintre.* — L'artiste peintre qui achète des couleurs, des toiles, des cadres, qu'il revend ensuite convertis en tableaux, ne fait point acte de commerce pour cet achat; tandis que le peintre en bâtiments fait au contraire opération commerciale en pareille circonstance. — La même raison servirait à distinguer le sculpteur qui compose des statues, de celui qui travaille le marbre pour en faire des tables, des chambranles ou autres objets d'ar-

---

[1] 1° *Les cafetiers.* Rouen, 4 déc. 1818 (S.-V., 19, 2, 328). *Voy.* Orillard, n° 151.

Un cabaretier est commerçant. Brux., 27 déc. 1834. (*J. de Br.*, 1835, 93.

2° *Les charrons.* Amiens, 4 avril 1826 (S.-V., 27, 2, 169). *Voy.* Orillard, n° 150.

3° *Les débitants de boissons.* Cass., 23 avril 1813 et 14 janv. 1820 (S.-V., 16, 1, 165, et 20, 1, 190).

4° *Les marchands de vaches.* Paris, 2 avril 1808 (S.-V., 8, 2, 141).

Le tribunal de commerce est compétent pour connaître d'une contestation entre commerçants, relative à une convention qui a pour objet d'engraisser des bêtes à cornes. Bruxelles, 22 mai 1823. (*J. de Br.*, 1823, 1, 351.)

5° *Les serruriers.* Cass., 5 mars 1812 (S.-V., 13, 1, 187). *Voy.* Orillard, n° 235.

L'achat que fait un serrurier du charbon pour l'exploitation de son métier ne constitue pas un acte de commerce qui le soumette à la juridiction commerciale, parce que ce n'est pas marchandement qu'il en fait usage, lors même que la consommation en a lieu dans sa forge. Brux., 28 nov. 1815 (*Pasicrisie belge*); — Carré, *Lois de la compét.*, n° 492; mais *voy.* Orillard, n° 235.

Un serrurier n'est pas marchand dans le sens des art. 1 et 2 du titre VIII de l'ord. de 1673, qui exige à peine de nullité la publication des contrats de mariage de marchands, lorsqu'ils dérogent au régime de la communauté. Liége, 23 nov. 1825.

6° *Les voituriers.* Aix, 6 août 1829 (S.-V., 29, 2, 312). Brux., 18 fév. 1829 (*J. de Br.*, 1829, 4, 184; Dalloz, tome IV, pages 325 et suiv.)

7° *Les titulaires de bureaux de loterie.* Paris, 26 avril 1811 (S.-V., 11, 2, 369).

[2] 1° *Les charpentiers.* Rouen, 25 mai 1825 (S.-V., 26, 2, 135).

Le prix de coupes de bois, achetées par un maître de forges pour activer celles-ci, est une dette commerciale; elle conserve cette qualité quoique postérieurement l'acheteur se soit reconnu débiteur de ce prix, par acte authentique et avec indication d'hypothèque. Liége, 17 mai 1814 (*Pasicrisie belge*; Dalloz, tome VI, page 378).

La fonte des mines et la préparation des métaux constitue un commerce, mais il n'en est pas de même de l'exploitation des minéraux. Liége, 15 mars 1827 (*J. de Br.*, 1827, 2, 420).

Le teinturier qui achète des couleurs pour les appliquer aux étoffes qu'on lui confie fait un acte qui le rend justiciable du tribunal de commerce. Brux., 3 janv. 1820 (*Pasicrisie belge*).

N'est pas commerçant, et ne peut par conséquent être soumis aux dispositions du Code de commerce relatives à la faillite, celui dont l'industrie consiste à dégraisser ou à teindre des habillements ou des étoffes qui lui sont remis à cet effet par des particuliers, alors qu'il n'est pas établi qu'il opère habituellement sur des étoffes destinées à être livrées au commerce, et qu'il fait de son état une spéculation. (*Voy.* Carré, *Lois de la compét.* *Voy.* aussi Despréaux, *Comp. des trib. de comm.*, n° 379, sur la 1re question.

Bien que depuis le jugement déclaratif de faillite auquel opposition a été formée, l'individu déclaré en faillite n'ait pas répudié la qualité de négociant qui lui était donnée dans des ajournements ou jugements, et n'ait pas décliné la compétence du tribunal de commerce, il est encore recevable à établir ultérieurement, à d'autres fins, sa véritable qualité. *Voy.* Brux., 14 juill. 1828 (*Jurispr. du XIXe siècle*, 1830, 191), et 28 janv. 1832 (*J. de Br.*, 1832, 1, 24, sur la 2e question. Liége, 15 mars 1843 (*J. de Br.*, 1843, 382).

Les maîtres maçons et les maîtres menuisiers ne peuvent être rangés dans la classe des commerçants.

Par suite, un billet à ordre souscrit par un maître maçon au profit d'un maître menuisier, ne rend le premier justiciable du tribunal de commerce que pour autant que ce billet ait eu pour occasion des opérations de commerce. Liége, 19 mars 1835 (*J. de Br.*, 1835, 563).

2° *Les boulangers.* Cass., 28 fév. 1811 (S.-V., 11, 1, 234.) *Voy.* Orillard, n° 151.

Le tribunal de commerce est compétent pour statuer sur la demande dirigée contre un boulanger par un marchand de bois, pour le payement des combustibles qu'il lui a fournis pour l'exercice de sa profession. Liége, 9 janv. 1819 (*Pasicrisie belge*; Orillard, n° 253).

3° *Les cordonniers.* Colmar, 23 nov. 1811 (S.-V., 14, 2, 148).

[3] Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître d'une demande formée par un meunier contre un boulanger, en payement du prix de mouture des grains qu'il a moulus pour lui à l'effet d'être convertis en pains pour son commerce. Brux., 10 déc. 1829 (*J. de Br.*, 1830, 1, 365.)

La cour a considéré que l'art. 631 du Code de comm. rend les tribunaux de commerce compétents pour connaître entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce, et que l'art. 632 range dans la classe de tels actes toute entreprise d'ouvrage destiné à être fourni à des commerçants pour le commerce. (*Voy.* Carré, *Lois de l'org.*, tome IV, pages 387 et 393, nos 491 et suiv., éd. belge.) — Colmar, 23 mars 1814 (S.-V., 16, 2, 92). *Voy.* Orillard, n° 433.

[4] Angers, 11 déc. 1823 (S.-V., 24, 2, 86); — Paris, 18 mars 1836. *Voy.* Orillard, n° 259.

[5] Colmar, 17 juin 1809 (S.-V., 14, 2, 370).

La convention qui a pour objet la formation d'une pépinière, l'achat des plans nécessaires et la vente des arbres à en provenir, au profit commun des personnes entre lesquelles cette convention est faite, constitue un acte de commerce, et les tribunaux de commerce sont, par suite, compétents pour connaître de la demande en nullité d'un tel contrat. Brux., 20 avril 1830 (*J. de Br.*, 1830, 1, 418).

chitecture. Dans ces ouvrages l'auteur fournit, il est vrai, la matière, mais, dans son œuvre, elle n'est qu'un accessoire infiniment petit, à côté de la production intellectuelle ou artistique [1].

A ces exemples nous ajouterons celui d'un auteur, qui achète du papier pour publier ses œuvres et qui ne fait point acte de commerce. L'auteur a pour but de se mettre en communication avec le public et de l'initier à ses plus intimes pensées ; l'intelligence est le sol qu'il exploite et féconde ; ce qu'il vend, ce qu'achète l'homme qui veut se distraire ou s'instruire, ce n'est point le livre, objet matériel, c'est le travail de son esprit, qui n'appartient point au commerce. — Le libraire éditeur, au contraire, est réputé commerçant pour l'habitude qu'il a d'acheter et de revendre, non plus le produit intellectuel, mais l'objet matériel qui forme l'élément principal de sa spéculation [2].

7. *Achat d'une imprimerie.* — L'achat d'une imprimerie par un individu non commerçant n'est point un acte de commerce [3].

8. *Achats par les directeurs de maisons d'éducation.* — Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, Rogue disait : « Les juges-consuls connaissent » des marchandises vendues à un maître de pen- » sion, soit pain, vin, bois, charbon : il revend » ces denrées à ses pensionnaires. » (Tome Ier, n° 26, page 21.) — Denizart était d'une opinion contraire. On lit au mot *Consul*, tome Ier, page 680 : « La jurisprudence du parquet ne » permet pas non plus de traduire aux consuls » les maîtres de pension, qui sont maîtres ès » arts, pour raison des fournitures de bouche » faites à leur pension, parce que ce qui a rap- » port à l'éducation des enfants n'est pas regardé » comme un commerce. » Deux arrêts, l'un de Paris, 26 nov. 1807 (S.-V., 8, 2, 55), l'autre de Rouen, avaient soumis à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps, les directeurs de maisons d'éducation, débiteurs de billets à ordre souscrits pour fournitures faites à leur pensionnat. La jurisprudence n'a pas accepté cette solution. — L'instituteur a pour but l'éducation des élèves qui sont confiés à sa surveillance : en achetant les marchandises nécessaires à leur entretien ou à leur nourriture, il ne se livre point à une spéculation : il contracte une obligation accessoire à ses occupations principales.

La cour d'appel de Paris dans ses observations sur le projet de Code de commerce, disait à ce sujet : « Le principe que celui-là seul est commerçant, qui achète pour revendre ou pour louer, admet une exception en faveur des sciences et des arts libéraux : ceux qui les professent, comme sont les instituteurs et maîtres de pensionnat, s'occupent essentiellement de l'instruction, quoique leur état comporte des fournitures qui nécessitent des achats. Les fournitures ne sont qu'un accessoire : le principal, ce qui caractérise l'état, c'est l'instruction qu'on ne peut, en aucun sens, qualifier de marchandises. (*Observations des tribunaux*, tome Ier, page 414) [4].

9. *Achat des actions industrielles.* — Le capital des sociétés en commandite est souvent divisé en actions au porteur ou nominatives. Si l'on ne consultait que les principes relatifs aux actes de commerce en général, il faudrait décider que l'achat de ces actions, dites industrielles, ne rend point les non-négociants justiciables de la juridiction consulaire, ou contraignables par corps.

En effet, en supposant que ces actions, qui sont mobilières de leur nature, pussent être assimilées aux denrées et marchandises, celui qui les achète, non dans la vue de les revendre et de spéculer, mais seulement pour opérer un placement, celui-là ne fait point une opération de commerce.

Mais la question a été envisagée récemment sous un autre point de vue. On a dit : La loi répute sociétés commerciales les sociétés en nom collectif et en commandite. L'action, c'est le titre représentant une fraction de la commandite ; celui qui achète une action, même pour la garder, celui-là devient commanditaire, membre d'une société de commerce, et par conséquent justiciable des tribunaux consulaires, et contraignable par corps pour tout

[1] Pardessus, n° 15.

Si l'artiste qui vend les produits de son art ne peut, en général, être réputé avoir fait un acte de commerce, en achetant la matière nécessaire à cette production, c'est à condition que la valeur ne dépasse pas de beaucoup le prix du travail, et soit de nature à ne pouvoir en être considérée que comme l'accessoire.

Ainsi le graveur, qui achète la matière d'argent nécessaire pour la confection de médaillons à livrer par lui, fait un acte de commerce si son travail ne peut être considéré, relativement à la matière fournie, que dans le rapport de l'accessoire au principal. Brux., 18 janv. 1837 (*J. de Br.*, 1837, page 412).

[2] L'achat de manuscrits fait par un imprimeur, dans la vue d'en tirer profit en les réimprimant, est un acte de la juridiction des tribunaux consulaires. Brux., 12 janv. 1842 et 1844 (*J. de Br.*, 43, page 392, et 44, 11e cah.; Carré, n° 494; Pardessus, nos 15 et 1345; Bioche, v° *Acte de comm*., n° 49).

Paris, 4 nov. et 1er déc. 1809 (S.-V., 7, 2, 1152); — Brux., 13 déc. 1816 (*Pasicrisie belge*; De Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 43, page 9); Brux., 8 oct. 1818, (*loc. cit.*, n° 43); — Paris, 3 oct. 1834 (S.-V., 34, 2, 641); — Paris, 3 fév. 1836 (S.-V., 36, 2, 125). — Paris, 23 déc. 1840); — Paris, 9 fév. 1841 (S.-V., 41, 2, 323). — Locré, note sur les art. 631 à 639, tome VIII, page 302; — Merlin, *Quest. de droit*, v° *Acte de comm.*, § 4. — E. Vincens, tome Ier, page 135; — Despréaux, n° 348; Carré, *Lois de la compét.*, quest. 492 à 496. *Voy.* Orillard, n° 262.

[3] Paris, 2 janv. 1843 (S.-V., 43, 2, 269). — *Nota. Voy.*, n° 23, nos réflexions sur l'achat des fonds de commerce.

[4] Paris, 19 mars 1814 (S.-V., 16, 2, 85). — Douai, 14 fév. 1827 (S.-V., 28, 2, 79); — Cass., 23 nov. 1827 (S.-V., 28, 1, 188); — Paris, 11 juill. 1829 (S.-V., 29, 2, 219); — Paris, 19 mars 1831 (S.-V., 31, 2, 306); — Paris, 16 janv. 1835 (S.-V., 35, 2, 199). — Favard, *Répert.*, v° *Acte de comm.*; — Locré, tome VIII, page 300; — E. Vincens, tome Ier, page 135; — Pardessus, n° 15; — Dalloz, v° *Commerçant.* — Malpeyre, page 7; — Despréaux, n° 350; — Carré, *Lois de la compét.*, quest. 490; — Bravard-Veyrières, page 910; — Orillard, nos 266 et suiv.

ce qui concerne l'exécution de son contrat d'achat.

Ce système vient d'être consacré par l'arrêt de la cour de cassation du 28 février 1844, dans lequel on lit :

« Attendu que c'est à la qualité de la dette, et non à la qualité du débiteur, que l'art. 1er de la loi du 17 avril 1832 attache la sanction de la contrainte par corps;

» Que c'est une opération évidemment commerciale que celle qui consiste à verser, à titre de commandite, des fonds dans une maison de banque, en vue de prendre part aux bénéfices résultant du mouvement de ces fonds, réunis et confondus avec d'autres;

» Que le § 4 de l'art. 632 du Code de comm. range formellement une telle opération dans la classe des actes de commerce;

» Qu'ainsi, en condamnant les demandeurs, même par corps, au versement des sommes formant leurs mises commanditaires dans la maison du banquier Luuhon aîné, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste application de la loi;

» . . . .

» Par ces motifs, la cour rejette, etc. »

Cette solution me paraît aussi préjudiciable aux intérêts du commerce, que contraire au véritable esprit de la loi.

Grâce à l'association des capitaux et au développement de l'usage des actions industrielles, dont il faudrait prévenir les abus, mais non pas altérer la substance, l'industrie a couvert la France de magnifiques productions. Les chemins de fer, les canaux, les bateaux à vapeur, les entreprises houillères, les ponts, les routes, et tant d'autres compagnies d'une haute importance, attestent la puissance des résultats que permet d'espérer une aussi féconde union. Avec le système de la cour de cassation, comment veut-on que puissent s'accomplir ces opérations gigantesques, auxquelles ne saurait suffire la fortune la plus considérable d'un simple individu? Si les magistrats, si les rentiers, si les avocats, si tous ceux que leur profession rend étrangers à la qualité de commerçant, ont apporté dans ces sociétés le tribut de leurs fonds, et placé là le pécule extrait de leur travail, pense-t-on qu'ils oseront s'engager et souscrire lorsque la contrainte par corps sera suspendue sur leur tête? Eh quoi! un revers inattendu, la dépréciation d'une propriété qu'il fallait vendre, l'insolvabilité d'un débiteur, ou toute autre cause semblable, les empêchent de réaliser leur promesse, et on va les enlever de leur siége de magistrat, les dépouiller de leur robe d'avocat, et les jeter dans la prison pour dettes! Et cependant, ont-ils spéculé? Ont-ils abandonné leur profession, pour se lancer activement dans les hasards de la vie commerciale? — Non; ils ont eu pour pensée unique de trouver à leurs épargnes un placement certain et lucratif.

Sous ce point de vue, l'arrêt de la cour de cassation est véritablement hostile, comme je le disais, aux justes égards que méritent les transactions commerciales.

Néanmoins, cette décision devrait, quoique fâcheuse, être religieusement suivie, si elle était conforme aux prescriptions de la loi. — Mais, il faut le dire, ici la cour suprême a méconnu ces grandes règles, qui guident ordinairement son appréciation d'une manière si heureuse et si sûre.

Comment! devenir commanditaire dans une société de commerce, c'est faire un acte de commerce? Mais quelle est donc la position du commanditaire? C'est un associé, il est vrai, mais un associé *négatif*; il ne peut pas, la loi le lui défend, prendre une part active et quelconque à la gestion des affaires sociales; il est inconnu des tiers, auxquels il ne peut révéler sa présence et son nom; à proprement parler, il associe à l'entreprise, *non sa personne*, mais seulement ses capitaux. Son rôle est en quelque sorte celui d'un simple prêteur d'argent, à cette différence près que, si cet argent est perdu, on ne le lui rendra pas, et que si cet argent prospère, on le lui rendra, non pas seulement avec les intérêts, mais en outre avec la partie des bénéfices qu'il a produits. — Or, si ces principes sont vrais, si le commanditaire n'a pris qu'une obligation, celle de verser des fonds, si son intervention est toute passive, il me semble qu'il faut poursuivre l'exécution de son engagement par les voies ordinaires, car je ne vois là qu'un engagement ordinaire.

Avec le système contraire, à quelles conséquences n'arriverait-on pas? Vous réputez acte de commerce l'achat d'une action industrielle. Eh bien, la loi déclare commerçant celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. Suivez votre doctrine jusque dans ses dernières limites, et vous serez obligé de déclarer commerçant qualifié celui qui, simple bourgeois, capitaliste ou magistrat, a l'habitude de placer dans diverses sociétés les économies qu'il fait sur ses rentes ou sur son traitement [1]. N'est-ce pas chose monstrueuse qu'un magistrat, qui suit religieusement les règlements de ses fonctions, qui ne s'immisce nullement de sa personne dans des opérations de trafic, soit réputé commerçant et soumis à toutes les chances de cette qualité, par cela seul qu'il a voulu donner à ses capitaux l'emploi le plus utile et le plus sûr?

---

[1] Celui qui, faisant habituellement des opérations sur les fonds publics, s'est chargé de négocier pour un tiers des fonds de cette espèce, ne peut être attrait, en exécution des résultats du mandat, devant le tribunal de commerce. Brux., 26 mars 1836 (*J. de Br.*, 1836).

Sous ce double rapport, je préfère la décision de la cour de Rouen, qui a jugé le 6 août 1841 (S.-V., 41, 2, 636), que celui qui prend des actions dans une société anonyme ne fait pas un acte commercial. — Cette doctrine a été également enseignée par la cour de Paris, le 28 février 1842.

La cour de Douai l'a aussi consacrée implicitement dans l'espèce suivante : — Si, au lieu d'un achat d'actions industrielles, il s'agit de l'achat de droits et intérêts dans une société en nom collectif, pour connaître le caractère de cet achat, il faudra faire une distinction. Si l'acquisition est faite par des individus commerçants, déjà membres de la société, elle constituera un acte de commerce : il en sera autrement si l'acquisition est faite par des individus non commerçants, étrangers, avant leur marché, à ladite société [1].

Cependant E. Vincens dit : « Quoique contracter en commandite *ce soit faire un acte de* » *commerce*, il n'est nullement besoin d'être né» gociant pour être commanditaire. » (Tome Ier, liv. IV, chap. 3, nº 7, page 322.)

La cour de Paris, par arrêt du 25 juin 1825 (S.-V., 25, 2, 252), avait antérieurement admis la doctrine de la cour de cassation et celle des auteurs que nous venons de citer en dernier lieu.

10. *Monnaies. — Créances.* — Nous avons dit qu'il ne fallait pas confondre les droits incorporels avec les meubles corporels : nous avons expliqué que c'était, en général, l'achat de ces derniers qui constituait l'acte de commerce. Enfin nous avons fait exception en faveur de ces meubles incorporels qui, représentant la marchandise, donnent le droit de l'exiger, ce qui équivaut à un achat de la marchandise elle-même (*voir* p. 138). — C'est ici le moment de compléter cette pensée au moyen de l'application. — Les négociations relatives aux *espèces métalliques*, au *papier-monnaie*, aux *créances, même commerciales*, ne sont point des achats et des ventes de denrées et marchandises, et ne peuvent être rangées dans la catégorie des actes de commerce. — Ainsi le simple échange d'une monnaie contre d'autres monnaies ne constitue pas, de la part d'une personne non commerçante, un acte de commerce. En conséquence, le tribunal de commerce est incompétent pour connaître des difficultés auxquelles cette opération peut donner lieu [2].

De même, le syndic d'une faillite, même négociant, qui emprunte dans l'intérêt de la masse, et souscrit, à cet égard, des billets sous sa responsabilité personnelle, ne fait pas acte de commerce, qui le rende contraignable par corps [3].

De même la vente des créances et recouvrements d'une faillite, consentie par les syndics au profit d'un individu, même commerçant, ne constitue ni une obligation entre commerçants, ni un acte de commerce dans le sens des articles 631 et 632 du Code de comm. Le tribunal de commerce n'est point compétent pour connaître de la demande en payement du prix d'une telle vente [4].

Néanmoins, on doit considérer comme opération commerciale, la cession faite après faillite et concordat par un associé failli à son coassocié, de tous ses droits dans la liquidation de la société [5].

11. *Prêteurs sur gages.* — Sous l'ancienne législation, les prêteurs sur gages étaient réputés commerçants, et comme tels justiciables des tribunaux de commerce [6].

Mais aujourd'hui, encore bien qu'ils soient patentés, il faut admettre la règle contraire [7].

12. *Achats et reventes des fonds publics.* — Les fonds publics, cotés à la bourse, ne sont pas, à proprement parler, des denrées ni des marchandises; ce sont des titres incorporels, qui représentent une créance sur l'État. Sous ce point de vue, il est difficile de les mettre au nombre des achats dont parle le § 1er de l'art. 632; mais comme ils constituent une véritable opération de banque ou de change, leur achat, dans le but de les revendre, doit être réputé commercial [8].

---

[1] 26 janvier 1843 (S.-V., 43, 2, 181).

Conformes : De Villeneuve, *Dictionn. du content. comm.*, vº *Société*, nº 9; — Orillard, nº 534; — Malpeyre, *Des Sociétés*, page 137.

[2] 11 mars 1833 (S.-V., 33, 2, 227). *Voy.* Orillard, nº 352.

[3] Toulouse, 15 janv. 1833 (S.-V., 33, 2, 313).

[4] Riom, 11 mars 1839 (S.-V., 39, 2, 374).

[5] Cass., 17 juill. 1837 (S.-V., 57, 1, 1022).

Dans ce dernier sens : Poitiers, 3 janv. 1841 (S.-V., 41, 2, 121).

[6] Paris, 2 nivôse an 11 (S.-V., 10, 2, 106). — Rogue, tome Ier, nº 27, pages 21 et 22.

[7] Brux., 4 juin 1807 et 28 mai 1808 (S.-V., 7, 2, 312, et 9, 2, 33). — Carré, *Lois de la compét.*, quest. 488. Orillard, nº 371.

[8] La vente ou revente de denrées ou marchandises, faite par un commerçant à un non-commerçant, ne constitue pas un acte de commerce (*Voy.* Dalloz, tome IV, pages 347 et 360).

Ainsi un commerçant ne pourrait, du chef de vente de fonds publics, être attrait par un non-commerçant devant les tribunaux consulaires. Brux., 16 avril 1834 (*J. de Br.*, 1834, 313).

Les achats et ventes de fonds publics sont des actes de commerce de la part de celui qui ne recherche pas dans ces opérations un emploi accidentel de ses capitaux, mais en fait l'objet d'une spéculation habituelle. Dans ce cas, les fonds publics sont assimilés à des *marchandises* qu'on achète pour les revendre. Brux., 31 oct. 1834, 15 avril 1835; 11 juin 1836, et 18 mai 1842 (*J. de Br.*, 1842, page 229; Pardessus, nº 11; Mollot, nº 446).

Les actions d'un chemin de fer qui se vendent à la bourse, et font l'objet d'un trafic, peuvent être considérées comme marchandise.

L'achat d'un nombre considérable de ces actions doit être regardé plutôt comme fait pour en tirer profit au moyen de revente, que comme placement de fonds, et partant, l'acheteur est passible de la juridiction des tribunaux de commerce. Brux., 29 juin 1839 (*J. de Br.*, 1840, 70.) *Voy.* plus bas § XII.

Cass., 18 fév. 1806 et 29 juin 1808 (S.-V., 6, 1, 220, et 8, 1, 428); Dalloz, tome IV, page 362; — Pardessus, nº 10. — Merlin, vº *Effets publics*, nº 4; — Coin-Delisle, *sur la Contrainte par corps*, page 76; — Carré, nº 489). *Voy.* Orillard, nº 284.

Il existe cependant deux arrêts qui ont admis le système contraire [1].

Aujourd'hui, que les opérations de la bourse sont devenues si effrénées, qu'elles offrent partout l'image du jeu le plus déplorable, cette dernière jurisprudence, si elle pouvait prévaloir, rendrait nécessaire la révision de la loi.

13. *Pharmaciens.* — Les achats, par les pharmaciens, des drogues nécessaires à la composition des médicaments destinés à être revendus, rentrent-ils dans la catégorie des actes de commerce? En d'autres termes, les pharmaciens sont-ils commerçants?

Le principal motif qui pourrait faire admettre l'affirmative, c'est la tradition que nous a léguée l'ancienne législation. Dans le second corps des anciens marchands, dans le corps de l'épicerie, les apothicaires étaient compris. On tire de ce fait la conséquence que, le Code de commerce n'ayant pas innové sur ce point, la même règle devrait être suivie. Au surplus, un arrêt de la cour de Nîmes, du 27 mai 1829 (S.-V., 30, 2, 312; *voir* Orillard, n° 278), a consacré cette opinion.

Pour en apprécier le mérite, il est indispensable de remonter à la loi organique, qui régit la profession de la pharmacie. — Suivant la loi du 25 germinal an XI, il n'est point permis à tout le monde d'ouvrir une officine de pharmacie : pour avoir le droit de préparer ou de débiter les médicaments, il faut avoir été reçu pharmacien dans l'une des écoles établies, et après de difficiles examens de capacité. Cette prohibition est empreinte de sagesse; car un médicament mal composé pourrait compromettre la vie du malade. Si le médecin donne ses soins au malade, le pharmacien concourt à l'accomplissement de sa tâche; si le médecin écrit des ordonnances, le pharmacien les exécute : la médecine et la pharmacie sont donc deux sœurs inséparables; vouées au même but, procédant par les mêmes moyens, nécessitant les mêmes études. Dès lors, pourquoi la pharmacie, qui exige les plus nobles qualités de l'intelligence, serait-elle un commerce, alors que la médecine est une profession libérale? Le pharmacien, il est vrai, achète des drogues et les revend converties en médicaments; mais leur valeur vénale est à peu près nulle : ce qui leur donne du prix, c'est la science du pharmacien, cette science qui constitue la profession libérale. C'est pour cela que nous préférons le système admis par la cour de Montpellier, dont l'arrêt logiquement motivé, mérite d'être transcrit ici :

ARRÊT.

« Attendu que si l'art. 1er du Code de comm. déclare commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle, et si l'art. 632 du même Code répute acte de commerce tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, cela ne doit s'entendre que d'un travail, qui a pour objet le perfectionnement de la marchandise, sans en dénaturer la substance, et par lequel la marchandise ne cesse pas d'être l'objet principal, dont la mise en œuvre n'est que l'accessoire;

» Attendu que si dans certains cas, les pharmaciens revendent les objets qu'ils ont achetés, sans même les avoir manipulés, ces actes purement accidentels ne sont pas constitutifs de l'exercice de leur profession;

» Attendu que les pharmaciens sont soumis par la loi à des conditions de capacité, qu'ils subissent des épreuves et des examens scientifiques et qu'ils ont été institués dans un intérêt public, pour préparer et vendre des compositions chimiques et des médicaments sous la garantie de leur savoir et de leur expérience; qu'ainsi on ne peut pas dire qu'ils revendent des matières premières, mais qu'en réalité ils vendent des produits nouveaux qu'ils ont fabriqués; que dès lors ils ne doivent pas être classés parmi les commerçants;

» Par ces motifs, la cour infirme, etc. [2].

14. *Achats par les officiers de santé.* — Quoi qu'il en soit, il paraît constant que les officiers de santé, établis dans les lieux où il n'y a pas de pharmacie, ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce à raison des achats des drogues nécessaires à la composition des médicaments, que la loi du 25 germinal an XI les autorise à administrer eux-mêmes à leurs malades. Ces achats ne sont pas entrepris dans un but de spéculation; ils sont les accessoires nécessaires de l'exercice de la profession [3].

15. *Achats par les sages-femmes.* — La sage-femme qui reçoit des pensionnaires et leur donne des soins est-elle justiciable des tribunaux de commerce à raison des achats de denrées et marchandises nécessaires à l'entretien et à la nourriture de ses pensionnaires? Est-elle commerçante?

Un arrêt de Paris, 15 avril 1837 (V. Orillard, n° 279 bis) a décidé que lorsque la sage-femme avait un grand nombre de pensionnaires et que les recevoir était pour elle une profession habituelle, on devait lui attribuer la qualité de marchande publique. — Nous sommes disposé à accueillir ce système et à faire une distinction. — La sage-femme exerce une profession libérale : comme le médecin, comme le pharmacien, elle ne peut être réputée faire le com-

[1] Paris, 18 avril 1808 et 7 avril 1835 (S.-V., 16, 2, 73 et 35, 2, 305); — Dalloz, tome IV, page 323. *Voy.* Orillard, n° 284.
[2] 13 fév. 1836; Orillard, n° 276.

[3] Limoges, 6 janv. 1827 (S.-V., 28, 2, 27); et Bourges, 9 août 1828 (S.-V., 29, 2, 263); Orillard, n° 277.

merce, lorsqu'elle respecte la position que son travail lui a procurée ; mais si l'exercice de sa profession n'est qu'un accessoire pour elle, si elle spécule sur l'entretien, sur la nourriture, sur le logement d'un grand nombre de pensionnaires, elle se crée une industrie véritable, industrie indépendante de sa profession. Il est bien vrai de dire que les malades qui ont recours à ses soins viennent réclamer les secours de son habileté; mais pour apprécier, quant à la sage-femme, la nature de l'acte par elle entrepris, il faut rechercher son intention personnelle, et non l'intention de ses pensionnaires. Or le but qu'elle se proposait, étant de faire un bénéfice en logeant et entretenant un grand nombre de clients, elle s'est livrée à des opérations commerciales bien caractérisées. — Nous en dirions autant de l'établissement des maisons de santé, dans lesquelles certains médecins, confiant à des confrères le soin de traiter les malades, se réservent l'administration de l'établissement et les bénéfices qu'il procure.

16. *Maîtres de poste.* — Jusqu'à ce moment, aucun doute ne s'était élevé dans notre esprit sur la qualité de commerçant à donner aux maîtres de poste. Leur vie de tous les jours, de tous les instants, nous avait paru remplie par des occupations commerciales. — Cependant en recherchant les monuments de la jurisprudence, nous avons retrouvé trois arrêts qui ont consacré l'opinion contraire. La cour de Bruxelles, par arrêt du 11 janvier 1808 (S.-V., 8, 2, 95), la cour de Limoges, du 1er juin 1811 (Dalloz, v° *Commerçant*), et la cour de Caen, par arrêt du 28 juin 1830 (S.-V., 31, 2, 176), ont décidé qu'il n'existait aucune raison pour ranger le maître de poste, simple commissionné du gouvernement, dans la classe des marchands.

En présence de ces décisions, il devient indispensable d'examiner en quelques mots cette difficulté.

Et d'abord dans les faits du maître de poste, retrouve-t-on tous les caractères indiqués par l'art. 632? Il achète des chevaux, des fourrages, des harnais, des voitures souvent : ces chevaux, il a pour occupation unique de les louer aux voyageurs, qui sont même contraints de s'adresser à lui. — Il remplit donc les conditions de la loi, il achète des denrées et marchandises, pour en louer l'usage. Comment alors ne serait-il pas commerçant?

Un seul motif est donné : le maître de poste est nommé par l'administration ; il exerce une industrie exclusive : il ne peut débattre son prix avec les voyageurs, lié qu'il est par un tarif. — Ce motif n'a vraiment pas une portée sérieuse.

Dans un but d'utilité publique, le législateur s'est cru souvent obligé de monopoliser certaines industries, certaines professions ; ainsi le nombre des bouchers est limité, et l'administration choisit les personnes qui seules peuvent vendre le pain : ainsi encore, les agents de change et courtiers, également désignés par le gouvernement, sont exclusivement les intermédiaires des opérations de change, banque, courtage et marchandises. Et pourtant on n'a jamais contesté que ces personnes fussent légitimement réputées commerçants.

Il faut bien le dire, la cour de Bruxelles a méconnu le caractère véritable des maîtres de poste. Ils ne sont point des employés, des agents du gouvernement; ils ne sont pas préposés à l'entretien d'un matériel appartenant à l'État : ils sont, comme le dit l'art. 28 de la loi du 24 juillet 1793, les entrepreneurs des relais établis dans toute la France, tant pour la conduite des malles que pour le service des citoyens qui veulent voyager en poste. Dans l'intérêt du public, et en ce qui les concerne, des restrictions ont été portées à la liberté naturelle de se choisir une profession ; on n'a pas voulu permettre qu'une trop nombreuse concurrence, faisant éclater des faillites, vînt interrompre les communications et entraver le transport des dépêches. — Si un tarif a été prescrit, l'intérêt des voyageurs l'a encore voulu. Comment abandonner le voyageur, à qui d'urgentes affaires ordonnent une course rapide, à l'arbitraire, à la cupidité, à la spéculation égoïste de celui qui peut lui accorder ou lui refuser les moyens de poursuivre sa route? Partout où il y a monopole, il y a tarif : lorsqu'il n'est point permis au consommateur de s'adresser à qui bon lui semble, il faut qu'il soit protégé par un tarif qui règle les droits de chacun et prévienne les abus. Il en est ainsi des voitures dites *omnibus* ou en commun, des chemins de fer, des cartes à jouer, des poudres, du pain, et d'une foule d'autres objets nécessaires à la consommation ou à l'intérêt des citoyens, sur lesquels le gouvernement s'est réservé de pouvoir exercer un contrôle incessant.

De tout ceci, il faut conclure que le maître de poste, quoique nommé par l'administration, est un commerçant, et que, lorsqu'il achète des denrées ou marchandises nécessaires à son exploitation, il se livre à des actes de commerce [1] :

17. *Débitants de tabacs.* — La régie des contributions indirectes s'est réservé le privilége exclusif de la fabrication et de la vente du tabac : au lieu de le débiter en détail elle-même, elle ouvre des bureaux dont elle confie la gestion à certaines personnes désignées par elle. Toutefois, au lieu de faire vendre pour son compte, et de s'exposer ainsi à l'insolvabilité de ses mandataires, elle vend au débitant lui-même, et celui-ci revend au public, moyennant un prix qu'il n'est point permis de dépasser.

[1] Ont ainsi jugé : Paris, 6 oct. 1813 (S.-V., 14, 2, 353); Bord., cass., 6 juill. 1836.—Pardessus, nos 16 et 18;—Carré, *Lois de la compét.*,—Despréaux, n° 353;—Orillard, nos 294 et 295.

Quoique dans cette opération on puisse saisir l'apparence du caractère commercial, cependant, comme Pardessus l'enseigne avec raison, n° 16, on ne doit pas considérer les gérants des bureaux de tabac comme des commerçants ; la prime qu'ils perçoivent est moins un bénéfice qu'une remise faite par l'administration. — Soumis à des lois particulières, à des restrictions de toute nature, les débitants de tabac ne sont point assujettis à la patente ; s'ils tiennent des livres, c'est dans la forme prescrite par la régie et non dans la forme indiquée par le Code de commerce.

Les débitants de tabac doivent donc être réputés plutôt agents de l'administration que négociants [1].

Comme comptables de deniers publics, ils sont assimilés aux commerçants et justiciables des tribunaux de commerce [2].

Au surplus, cette difficulté n'a point, dans la pratique, un grand intérêt ; tenus de la même manière et devant la même juridiction que les commerçants, les débitants de tabac ne craignent pas de joindre une industrie particulière à la position que leur fait la loi ; ils transforment leurs bureaux en véritables boutiques : ils y entassent les pipes, les briquets, les tabatières, les porte-cigares, les cartes à jouer, l'amadou, les allumettes chimiques, une foule d'autres objets qui multiplient leurs occasions de vente, et ils se constituent ainsi, quoi qu'en ait dit l'arrêt de la cour de Bruxelles, 5 mai 1813 (Dalloz, 4, 338 ; S.-V., 14, 2, 190), en état de trafic véritable.

18. *Débitants de poudre.* — Ce que nous venons de dire des débitants de tabac s'applique en tous points aux débitants de poudre, qui sont également de simples agents de la régie, choisis et nommés par le ministre des finances. — La vente des poudres est d'habitude confiée, à Paris, aux quincailliers; en province, aux épiciers ; les débitants qui, antérieurement, n'avaient point une autre profession, s'empressent de cumuler, de vendre du plomb, des bourres, des cartes, des poires à poudre, des briquets ; réduits à la seule vente des poudres, ils ne gagneraient pas assez pour suffire à leur existence. — A côté de leur qualité de délégués de la régie, ils ont donc presque tous la qualité de commerçants.

19. *Salpêtriers.* — En général, les salpêtriers sont des agents de l'État, chargés d'extraire le salpêtre des *matériaux produits par les démolitions*, et de livrer à la direction des poudres la quantité déterminée par les commandes.—Ceux-là ne sont pas commerçants [3].

Tout individu peut, sans faire concurrence aux délégués de l'administration, se livrer à la fabrication du salpêtre indigène, par les procédés qui n'exigent point l'emploi des matériaux de démolition. Celui-là est commerçant, et il peut livrer au commerce les salpêtres fabriqués par ce système. (Orillard, n° 276.)

On trouve dans le Recueil de Sirey-Devilleneuve, au compte rendu de l'arrêt de la cour d'Augers, une consultation délibérée par Merilbou, Mauguin et Coffinières, dans laquelle sont clairement établis les principes qui dominent cette matière.

20. *Fabricants de cartes à jouer.* — Dans un intérêt fiscal, mais aussi pour empêcher les fraudes si fréquentes aux jeux de cartes, la loi soumet à certaines entraves la fabrication des cartes à jouer ; il faut qu'elles soient vérifiées par la régie, et recouvertes de bandes apposées par ses agents ; mais si l'émission est assujettie à des conditions, la fabrication est complétement libre, et ceux qui l'entreprennent sont de véritables commerçants. (Orillard, n° 276.)

21. *Ferme des octrois, location des places dans les marchés.* — Chaque commune établit des octrois et y perçoit les impôts indirects ; elle loue les places et bancs dans les marchés et dans les foires, et elle tire de ces perceptions des revenus qui entrent dans son budget actif.

Souvent il convient aux administrateurs de ces communes de traiter à forfait de ces branches de leur revenu et de les affermer à des individus qui se trouvent substitués à leur lieu et place. Ces individus, par cette opération, font-ils un acte de commerce?

Nous ne le pensons pas.—Le fermier n'achète rien pour le revendre ; il ne consomme point une de ces entreprises rangées par la loi au nombre des entreprises commerciales. L'activité des transactions ou leur ralentissement accroît ou diminue ces sources du revenu, établit la possibilité d'un bénéfice ou d'une perte, et constitue une véritable spéculation ; mais aucun texte n'attribue à cette spéculation le caractère commercial. C'est ce qui a été décidé avec raison par les divers arrêts suivants :

1° L'adjudicataire d'un entrepôt municipal n'est pas justiciable des tribunaux de commerce pour les faits de sa gestion. Il n'est pas réputé *entrepreneur* dans le sens de l'art. 632 du Code de comm. [4].

2° La prise à bail des droits établis sur les places des marchés d'une ville n'est pas un acte de commerce [5].

3° Se rendre adjudicataire de la ferme de l'octroi d'une ville, et en percevoir les deniers, ce n'est point faire un acte de commerce [6].

[1] Brux., 6 mars et 13 mai 1813 (S.-V., 14, 2, 190 et 191 ; Dalloz, tome IV, page 338).
[2] Mêmes arrêts.
[3] Angers, 28 janv. 1824 (S.-V., 24, 2, 187 ; Dalloz, tome IV, page 339.
[4] Brux., 5 mai 1813 (S.-V., 14, 2, 182 ; Dalloz, tome IV, page 379). *Voy.* Orillard, n° 333.
[5] Metz, 9 fév. 1816 (S.-V., 19, 2, 56 ; Dalloz, tome IV, page 379). *Voy.* Orillard, n° 333.
[6] Toul., 5 mars 1825 (S.-V., 26, 2, 75). *Voy.* Orillard, n° 333.

4° La location d'une loge, dans un marché ou sous une halle, par un marchand à un autre, pour la durée d'une foire, n'est pas un acte de commerce [1].

22. *Convention relative aux jours de travail.*— Entre commerçants, entre libraires, par exemple, la convention que le dimanche il ne sera procédé à aucunes ventes, sous peine de dommages-intérêts, est une convention relative au commerce des contractants et par conséquent de nature commerciale. — Les tribunaux de commerce sont donc compétents pour en connaître [2].

Les contrats de cette nature sont fort usités dans les États-Unis de l'Amérique du Nord.

23. *Achat d'un fonds de commerce.*—Après un exercice long et pénible, le commerçant a besoin de repos : se retirant dans la vie privée, il laisse à d'autres le soin de continuer son commerce, et il vend l'établissement qu'il avait administré. De semblables opérations se répètent souvent et font passer successivement de génération en génération, et de mains en mains, les établissements qui ont traversé avec succès les hasards de la vie commerciale. Il est dès lors d'un puissant intérêt de rechercher si l'achat d'un fonds de commerce constitue une opération de commerce.

Disons-le dès l'abord, cette question délicate a été fréquemment soumise aux tribunaux, et la jurisprudence est loin d'être fixée : dans les recueils d'arrêts, nous avons trouvé quinze décisions, qui se divisent en nombre presque égal en faveur de chaque opinion.

C'est donc un devoir pour nous de traiter cette difficulté avec quelque attention.

Quatre hypothèses peuvent se présenter.

L'achat a pu être effectué : 1° pour tuer un établissement rival ;

2° Pour revendre ;

3° Des marchandises qui se trouvaient dans le fonds ont été achetées en même temps que lui;

4° L'acheteur a eu pour but unique d'exploiter le fonds.

Examinons successivement chacune de ses positions.

1° La concurrence est utile au consommateur, mais le plus souvent elle est nuisible aux intérêts du marchand : lorsqu'un marchand établit ses prix sur un tarif trop élevé, le consommateur est certain de trouver chez un rival des conditions meilleures : cette crainte de voir sa clientèle le fuir oblige donc le marchand à maintenir ses articles à un prix modéré. — Pour être maître de la situation, pour pouvoir à son gré modifier ses tarifs, il convient souvent au marchand de faire un sacrifice, de détruire la concurrence en détruisant les établissements rivaux ; pour ce faire, il les achète et puis il les ferme. — Dans ce cas, l'achat a bien eu pour cause impulsive le désir de faire prospérer le commerce, lors exploité; mais la chose achetée n'était destinée ni à être revendue, ni à être exploitée et mise en œuvre : elle a été volontairement anéantie. L'achat n'est donc point un acte de commerce.

2° Un établissement qui a une valeur réelle, va être vendu dans des conditions défavorables : l'ancien propriétaire est mort subitement, et n'a laissé personne en mesure de soutenir le poids de ses opérations ; ou bien, entraîné par des faillites imprévues, ce propriétaire ne peut plus faire les avances nécessaires à l'alimentation du fonds. Et cependant ce fonds prospère ; il est acheté par un individu qui spécule sur la gêne, sur la mort du propriétaire et en même temps sur la possibilité de revendre avantageusement un établissement susceptible de prospérité. — Dans cette seconde hypothèse tous les caractères de l'art. 632 se trouvent réunis, et bien évidemment l'achat emporte l'idée d'une spéculation commerciale.

3° Un fonds de commerce est un être moral, qui d'ordinaire se compose de divers éléments : de l'achalandage, des ustensiles, des marchandises, et du droit au bail des lieux dans lesquels le commerce est exploité. Il est rare que lorsque la vente est faite, on laisse en dehors les objets mobiliers qui garnissent l'établissement, et les marchandises qui en dépendent. — Si les marchandises sont achetées avec le fonds, comme évidemment elles sont destinées à être revendues, évidemment aussi il existe un acte de commerce. — Cette distinction a été faite même par ceux qui avaient posé en principe que l'achat du fonds pour l'exploiter n'était pas acte commercial. Ainsi, la deuxième chambre de la cour royale de Paris, par quatre arrêts successifs, avait consacré le système de non-commercialité. Plaidant une question analogue, dans une affaire *Richard C. Hanet*, j'exposai à la cour l'état de sa propre jurisprudence; mais je lui fis remarquer que dans l'espèce il y avait une notable différence ; que non-seulement Hanet avait acheté l'achalandage, les ustensiles, c'est-à-dire les droits incorporels, mais encore les marchandises; qu'il avait eu pour but de revendre ces mêmes marchandises; que, dès lors, cette opération rentrait dans les termes précis de l'art. 632, et que la cour pouvait, sans modifier son ancienne jurisprudence, reconnaître ici le caractère commercial. Ce moyen prévalut, et par arrêt rendu en 1837, la cour confirma le jugement du tribunal de Versailles, qui avait jugé que, par l'achat du fonds, Hanet s'était rendu justiciable de la juridiction commerciale, et contraignable par corps.

---

[1] Caen, 24 mai 1826 (S.-V., 27, 2, 193).
Les tribunaux de commerce ne sont pas compétents pour connaître d'une demande en payement du loyer d'un terrain loué à une société charbonnière, pour y déposer son charbon, ni de la demande en payement du prix des planches vendues à une telle société pour servir à son exploitation. Brux., 31 janv. 1828 (*J. de Br.*, 1828, 1, 115).

[2] Colmar, 10 juill. 1837. *Voy.* Orillard, n° 193.

4° Il reste à envisager la question sous son point de vue le plus délicat.

Lorsque le fonds de commerce a été acheté, abstraction faite des marchandises, pour l'exploiter, l'achat constitue-t-il un acte de commerce?

Ceux qui ont soutenu la négative n'ont trouvé qu'un argument pour justifier leur opinion. Il n'y a acte de commerce, ont-ils dit, que lorsqu'il y a achat pour revendre : ce sont les termes de l'art. 632; hors de là on ne rencontre plus que les transactions du droit commun, et le fonds étant acheté non pour être *revendu*, mais pour être *exploité*, le caractère légal manque complétement.

Ce système nous paraît établi sur une base erronée. — Il n'est point exact de dire qu'il n'y a acte de commerce que lorsqu'il y a achat pour revendre; le contraire se manifeste dans les opérations de banque et de courtage, dans le contrat de change, dans les entreprises de spectacles publics et dans d'autres occasions encore.

Souvent la profession commerciale est le résultat de la forme que l'on emploie et des actes que l'on a le projet de faire, et que cependant l'on n'accomplit pas. — Ainsi nous verrons, au liv. III, que la loi, sans se préoccuper de l'objet qu'elles doivent exploiter, déclare commerciales de plein droit les sociétés en nom collectif et en commandite. Eh bien, à quelles conséquences n'arriverait-on pas si l'on prenait pour point de départ le principe que nous combattons en ce moment! une société en nom collectif se forme dans le but d'acheter et d'exploiter une fabrique de drap : cette fabrique, elle l'achète en effet, mais elle n'a pas encore commencé la mise en œuvre. Les associés ont-ils fait acte de commerce? Qui a jamais en douter? Et pourtant la société, qui n'a pas acheté pour revendre, n'a pas encore réalisé la condition textuelle de l'art. 632. Pourquoi donc l'achat du même fonds de commerce fait par un simple particulier, dans les mêmes intentions, ne présenterait-il pas le même caractère?

Convaincu que l'art. 632 n'est point limitatif, nous appelons opérations commerciales les opérations qui ont le commerce pour objet, et, s'il n'existe aucun acte qui renferme ce but à un plus haut degré que l'acquisition d'un fonds de commerce, nous le classerons dans cette nombreuse famille.

Qu'est-ce donc qu'exploiter un fonds de commerce? C'est d'abord acquérir ou créer l'être moral, le fonds, puis le garnir en bloc de marchandises, enfin vendre ces marchandises en détail. Ces diverses opérations sont autant d'actes, dont l'ensemble attribue à l'exploitant la qualité de commerçant. L'achat du fonds est dès lors le premier acte de cette série non interrompue d'actes commerciaux, qui désormais donnent à l'acheteur, jusque-là étranger au commerce, la profession qu'entraîne leur exercice habituel. Acheter un fonds de commerce, c'est véritablement travailler à acheter et à revendre des marchandises, en ce sens que l'achat du fonds doit faciliter l'écoulement des marchandises que l'on doit y placer.

En dernière analyse, quelle est la position de l'acheteur d'un établissement commercial? — Il se substitue à l'ancien propriétaire, dont il continue en quelque sorte la pensée, les actes, la personne : héritier de la confiance que ce dernier inspirait à ses correspondants ou à ses pratiques, il bénéficie ou souffre des marchés précédemment conclus, et qu'il doit mener à fin. — Le vendeur, en transmettant son fonds, a clôturé sa vie commerciale; l'acheteur, en en prenant possession, a commencé la sienne.

Ainsi que nous l'avons exposé en commençant cette discussion, les tribunaux se sont partagés sur la qualification à donner à de semblables contrats. Les arrêts suivants les ont maintenus dans les contrats purement civils [1].

L'opinion contraire a été consacrée par les arrêts dont nous donnons en note l'indication [2].

Achats des objets nécessaires à l'exploitation du commerce. — L'art. 4 de l'ordonnance de 1673 disposait « que les juges et consuls connaîtraient » des différends pour ventes faites par des mar» chands, artisans et gens de métier... afin de » travailler de leur profession. »

Ces expressions, *pour travailler de leur profession*, semblaient indiquer que, dans le système de l'ancienne législation, l'achat et même la vente des objets mobiliers nécessaires à l'exploitation du commerce ou de l'industrie étaient commerciaux.

Cependant Jousse, dans son commentaire sur cet article, a dit : « Les ventes faites par des marchands à des artisans, de choses qui ne doivent point être employées ou converties en ouvrage de leur profession, ne sont point de la compétence des juges-consuls, quand même les choses vendues seraient pour l'usage de la profession des ouvriers qui les achètent.

» Ainsi une vente de pierres ou de bois faite à un meunier pour la construction d'un moulin, n'est point de la compétence des juges-consuls,

---

[1] Paris, 23 avril 1828 (S.-V., 28, 2, 168), fonds d'hôtel garni; —Paris, 12 mars 1839 (S.-V., 29, 2, 164), café ; — Caen, 28 juin 1830 (S.-V., 31, 2, 176), établissement de poste aux chevaux; —Paris, 19 nov. 1830 (S.-V., 31, 2, 264), pharmacie; — Paris, 14 avril 1831 (S.-V., 31, 2, 160), hôtel garni ; — Paris, 18 août 1834 (S.-V., 34, 2, 615); — Paris, 2 mars 1839 (S.-V., 39, 2, 92), épicerie.

[2] Nîmes, 27 mai 1829 (S.-V., 30, 2, 212), pharmacie; — Paris, 11 août 1829 (S.-V., 29, 2, 329), café; — Paris, 15 juill. 1831 (S.-V., 31, 2, 319, porteur d'eau avec tonneaux;—Paris, 7 août 1832 (S.-V., 33, 2, 52), mercerie et nouveautés;—Paris, 12 avril 1834 (S.-V., 34, 2, 616), charcuterie ;—Toul., 17 juill. 1834 (S.-V., 38, 1, 78).— Cass., 7 juin 1837 (S.-V., 38, 1, 78); — Lyon, 4 janv. 1839 (S.-V., 39, 2, 340). — Despréaux, n° 360; — Horson, quest. 154 et 197; — Dalloz, tome XV, page 261; — Orillard, n° 261.

parce que ces pierres ou ces bois ne sont point destinés pour être employés aux ouvrages qui sont de la profession de meunier, quoique ces choses lui soient fournies pour l'usage de son moulin : il en est de même des meubles et autres fournitures semblables, autrement il faudrait dire que la vente même d'un moulin, faite par un meunier ou autre personne à un autre meunier, ou celle d'un étal faite par un boucher à un autre boucher, serait de la compétence des juges-consuls, ce qui est absurde.

» Par la même raison, la vente d'un métier à bas, faite à un bonnetier est une vente ordinaire pour l'usage de l'ouvrier seulement, et non à fin de revendre ; et par conséquent elle n'est point de la compétence des juges-consuls, comme le seraient des ventes de laines faites au même ouvrier, parce qu'alors ces laines sont destinées à être converties en ouvrages de sa profession.

» De même les ventes d'outils et autres instruments de travail, faites par des marchands à des artisans et à gens de métiers, ne sont pas de la compétence des juridictions consulaires. »

Bécane, dans ses annotations sur l'ouvrage de Jousse, page 306, déclare que le législateur moderne, loin de vouloir rien changer à cette doctrine, a entendu la consacrer d'une manière formelle, en supprimant dans l'art. 632, les mots *afin de travailler de leur profession*, qui semblaient militer en faveur de l'opinion contraire.

Enfin, Locré, tome VIII, page 275 et 276, rappelle ce passage de Jousse et y donne un complet assentiment.

Quant à nous, nous ne saurions entièrement nous y rallier. Et disons-le d'abord, c'est une fâcheuse tendance que celle qui conduit à transmettre comme des vérités acquises les doctrines professées par nos devanciers. Quelque respect que méritent les anciens auteurs, qui apportaient à leurs travaux une conscience bien rare de nos jours, leurs opinions doivent subir un examen sérieux avant d'être accueillies : nos lois ont été refondues, et quoiqu'elles aient longuement puisé à la source féconde des ordonnances de Louis XIV, de nombreuses modifications ont constitué un droit tout nouveau, sinon tout différent. Alors même qu'un principe identique était le point de départ, les changements apportés au texte ont constitué des différences dans les détails.

Nous laissons en ce moment de côté les achats faits par les ouvriers et artisans, dont nous examinerons la position dans le liv. III, chapitre 2, 1re section : nous ne nous arrêtons qu'aux achats faits par les commerçants des choses qui, sans être destinées à être revendues, sont indispensables à l'exploitation commerciale [1].

[1] Orillard, n° 256.

Et nous disons que ces achats constituent une opération commerciale.

Si l'art. 632 du Code de commerce semble condamner cet avis, s'il ne parle même pas, comme l'ordonnance de 1673, des choses achetées ou même vendues, afin de travailler de la profession, nous trouvons, dans les principes généraux et dans un autre texte, des arguments qui viennent le justifier.

Dans le livre précédent, chapitre 8, nous avons signalé le double aspect sous lequel il faut envisager les obligations souscrites par le commerçant. Comme tout autre citoyen, le commerçant peut contracter pour son usage personnel, pour régler des affaires de succession, pour subvenir aux besoins de sa famille, ou dans tout autre but analogue : dans ce cas, ses obligations ne sortent pas de la classe des obligations civiles; mais, comme les actes les plus nombreux concernent l'exercice de sa profession, la loi attribue une présomption de commercialité à tous les engagements souscrits par lui. Pour que cette présomption disparaisse, il faut que le commerçant produise la preuve contraire, ou bien qu'une cause étrangère soit énoncée dans le titre lui-même.

L'art. 638 du Code, dans son deuxième alinéa, le déclare d'une manière formelle.

Partant de ce principe, qui est le principe fondamental, à quelles conséquences arrivons-nous? Un commerçant achète des objets mobiliers ; cet achat est réputé commercial, à moins qu'il ne démontre par le contexte de l'engagement souscrit par lui, ou à l'aide de preuves extérieures, que lorsqu'il a contracté l'obligation, il a agi sous l'empire d'une cause étrangère à son commerce. Mais cette démonstration, comment donc pourrait-il la fournir dans l'espèce, alors que les achats ont eu pour cause unique les besoins du commerce?

Appliquons cette règle aux exemples cités par Jousse lui-même.

Cet auteur n'attribue point à la juridiction consulaire les achats faits par un meunier, de pierres et de bois pour la construction d'un moulin : nous sommes de son avis, mais notre dissentiment commence lorsqu'il donne pour motif que ces marchandises ne sont point destinées à être employées aux ouvrages qui sont de la profession de ce meunier. Notre motif à nous, c'est que le meunier, qui n'est point *commerçant de profession*, au lieu d'être réputé engagé commercialement, est réputé engagé dans les termes du droit commun, car il n'a pas acheté pour revendre. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'arrêt de la cour d'Amiens du 17 mars 1823 (Dalloz, au mot *Compétence*, page 374), qui a décidé que l'achat par un meunier d'une meule nécessaire à l'usage de son moulin n'était point un acte commercial.

La deuxième espèce de Jousse n'est pas mieux choisie : un boucher est véritablement commer-

çant ; toutes les obligations souscrites par lui seront censées faites pour son commerce, à moins qu'une autre cause n'y soit énoncée. En achetant un étal, qui lui est indispensable pour l'exercice de sa profession, ou qui doit agrandir le cercle de ses affaires, il fait opération commerciale ; car son obligation, au lieu de reposer sur une cause étrangère au commerce, a ce commerce même pour origine. — Il en est de même de l'achat par un bonnetier d'un métier à bas.

Comme, dans l'ordonnance de 1673, il n'existait point de disposition analogue à celle consacrée par l'art. 638, nous comprenons facilement l'opinion de Jousse, mais qu'en présence de notre loi moderne, Locré déclare que l'achat, par un manufacturier, des instruments nécessaires à sa fabrication n'est point un fait commercial, c'est comme s'il voulait nier le caractère commercial de la convention par laquelle un manufacturier embauche les ouvriers dont les services sont indispensables à son commerce; c'est une erreur qui a le droit de surprendre de la part d'un auteur dont l'esprit est si exercé. — Cette reflexion s'applique aussi à Horson, qui ne tient pas pour commerciaux les engagements contractés par l'épicier, pour travaux de réparations et d'établissement de sa boutique. (*Quest*. 197.)

Nous préférons de beaucoup l'opinion de Pardessus, lorsqu'il dit, tome Ier, nº 17 :

« Il faut considérer comme acte de commerce l'achat que ferait le distillateur, du bois et du charbon qu'il consomme pour faire ses distillations. Ce serait abuser des mots que de dire qu'il ne revend pas ce charbon, ce bois, en tout ou partie, après les avoir travaillés; sans cet emploi, il n'aurait pu fabriquer les liqueurs qu'il vend, et ici l'esprit de la règle doit l'emporter sur le respect puéril pour les mots. »

C'est encore par application de ces principes que la cour de Lyon, le 16 janv. 1838 (S.-V. 39, 2, 92. *Voy*. Orillard, nº 189), a décidé que l'action intentée contre un négociant à raison de fournitures faites aux ouvriers et aux chevaux par lui employés pour son commerce, est de la compétence de la juridiction commerciale.

La cour de Limoges qui, dans une espèce semblable, avait un instant méconnu ce principe, arrêt du 2 mars 1837 (S.-V., 39, 2, 141), est revenue à la saine entente de la loi par ses décisions des 21 fév. et 13 juin 1839 (S.-V., 40, 2, 57).

La cour de Bourges a également décidé dans ce sens à l'occasion de réparations et d'embellissements faits à un établissement de commerce, à un café. — Arrêt du 15 février 1842 (S.-V., 43, 2, 21).

La cour de cassation a jugé dans ce sens dans dans une espèce où il s'agissait de fournitures faites à des ouvriers et à des chevaux employés par un entrepreneur dans une entreprise commerciale. — Arrêt du 29 nov. 1842 (S.-V., 43. 1, 85).

Cependant la cour de Rouen, par arrêt du 6 août 1822, a décidé qu'un manufacturier n'était pas justiciable des tribunaux de commerce pour raison d'achat de quinquets et de lampes nécessaires à l'éclairage de ses ateliers. — Ce dernier arrêt me paraît mauvais. Sans les objets ci-dessus énoncés, le manufacturier ne pourrait faire marcher son usine, et, par conséquent, au lieu d'avoir fait un acte *étranger* à son commerce, il a fait un achat dont son commerce est le but direct [1].

25. *Revendication de marchandises*. — Est-ce une contestation commerciale que la demande formée par un négociant contre un autre négociant, et dans laquelle on revendique des marchandises que l'on soutient avoir été remises à tort au défendeur, soit par un dol, soit par une erreur? — Une pareille action peut-elle être portée devant le tribunal de commerce?

La cour de cassation a décidé la négative par arrêt du 13 vendémiaire an 13 (S.-V., 5, 2, 14). — La cour de Nîmes, par arrêt du 14 mars 1809 (S.-V., 12, 2, 202), a admis la solution contraire [2]. Nous préférons cette dernière opinion, par cette raison que nous ne saurions trop répéter : que le demandeur, en introduisant son action, ne fait point un acte *étranger* à son commerce. — En effet, que réclamerait-il des juges? La restitution de marchandises sur lesquelles, sans l'erreur ou le dol dont il se plaint, il aurait déjà spéculé, et qui, s'il triomphe dans ses prétentions, deviendront un aliment de son négoce. Le défendeur, étant aussi commerçant, la situation est la même pour lui; or, comme les commerçants sont justiciables des tribunaux de commerce pour les actes et pour les causes qui ne sont pas étrangers à leurs opérations,

[1] Est de la compétence du tribunal de commerce la demande en payement d'ustensiles et mécaniques fournis par des fabricants à un ingénieur-mécanicien. Brux., 18 janv. 1841 (*J. de Br.*, 41, 548; Orillard, nº 259).

La demande en payement d'une mécanique fournie par une société industrielle à un fabricant, pour l'usage de son usine, n'est pas de la compétence des tribunaux de commerce. Brux., 4 mars 1841 (*J. de Br.*, 41, 525). *Voy*. dans ce sens, Rouen, 6 août 1822 et 9 déc. 1826; Aix, 9 mars 1827 (S. 39, p. 300); Jousse, sur l'art. 4, tit. 12 de l'ordonnance de 1673; Pardessus, nº 19. Locré, tome VIII, page 275. — Dalloz, vº *Commerce* (*actes de*), page 848, pense qu'à l'égard des manufacturiers, la question est douteuse, car l'art. 632, dit-il, répute acte de commerce toute entreprise de manufacture, et l'achat des instruments nécessaires pour mettre une manufacture en activité semble faire partie de l'entreprise de son établissement. Orillard, nº 259, est d'avis que les achats d'instruments par un fabricant qui a la qualité de commerçant, sont des actes commerciaux à raison de la qualité de la personne. Toutes les obligations contractées par des commerçants pour l'utilité et les besoins de leur commerce sont, dit-il, des actes de cette nature (*Voy*. Rioche, vº *Acte de comm.*, nº 57).

[2] Liége, 1844 (*J. de Br.*, 1844, page 440). *Voy*. ci-devant 28 fév. 1844.

la compétence consulaire me paraît justifiée.

26. *Achats par l'administration ou par les communes.*— L'achat peut être fait avec l'intention d'opérer une revente, et pourtant n'être pas réputé une opération commerciale. Ce qui lui imprime ce caractère, c'est l'intention de bénéficier sur le produit de la spéculation; mais si l'intérêt public est le mobile qui a dicté l'achat, on ne retrouve plus cette pensée de trafic, constitutive du fait commercial [1].

Ainsi, tandis que des entrepreneurs font acte de commerce en fournissant à l'État, aux communes, aux cités, les denrées et marchandises nécessaires aux approvisionnements, ces administrations font une opération d'intérêt public et de droit commun, lorsque, par mesure de précaution, elles achètent des grains et autres objets, qu'elles verseut ensuite dans la consommation. — Ainsi encore, tandis que les maîtres de poste et les entrepreneurs de voitures publiques sont réputés commerçants, l'administration des postes ne s'oblige pas commercialement lorsqu'elle achète des chevaux et des voitures qu'elle loue et qu'elle emploie au transport des dépêches et des voyageurs.

De même, enfin, tandis que le commissionnaire de transports est commerçant et fait acte de commerce en le livrant à son industrie, l'État, lorsqu'il établit des moyens de transport par terre ou par eau, ne se livre point à une spéculation commerciale [2].

27. *Vente d'une charge de courtier.*—La vente d'une charge de courtier ne constitue pas en elle-même un acte de commerce, et ne rend pas les parties justiciables du tribunal de commerce, à raison des difficultés qui en découlent [3].

28. *Location d'une pompe à feu.*—La location par le propriétaire d'une pompe à feu, de la force motrice de cette pompe à divers individus, dans des proportions déterminées, ne constitue pas une opération de commerce, alors même que ce propriétaire s'est lui-même chargé d'alimenter et d'entreteuir cette pompe. — La juridiction commerciale est dono incompétente pour connaître des contestations nées de l'exécution de cette convention [4].

29. *Achat de marchandises pour alimenter une usine.* — Au contraire, si le propriétaire d'une usine, louée à un tiers tombé en faillite, achète des fournitures nécessaires à son alimentation, par exemple du charbon, il fait acte de commerce, et devient en cela justiciable du tribunal de commerce [5].

CHAPITRE II.

Des entreprises commerciales.

SOMMAIRE.

1. Le premier paragraphe de l'art. 632 s'occupe des actes de commerce accomplis en quelque sorte par la spéculation particulière d'un seul individu. Le deuxième paragraphe s'occupe plus spécialement des actes faits à l'aide du concours de plusieurs autres personnes et combinés dans un but de réitération.
Division des diverses entreprises.
2. Plan de ce chapitre.
3. Observation préliminaire. — Tout n'est pas commercial dans une entreprise commerciale. — Mode naturel pour reconnaître le caractère particulier de chacune des opérations qui se produisent dans une entreprise.

1. Le § 1er de l'art. 632 est destiné à régir les actes qui peuvent en quelque sorte s'accomplir au moyen de la spéculation particulière d'un seul individu. Le deuxième alinéa de cet article s'applique plus spécialement à cette nature d'actes dans lesquels celui qui les consomme s'aide du concours de plusieurs autres personnes et réunit des moyens combinés pour réitérer constamment la même nature d'opérations.

La loi donne à ces dernières opérations le nom d'*entreprises.*

---

[1] L'achat fait par l'État pour le service des chemins de fer ne constitue pas un acte de commerce de la compétence des tribunaux consulaires.

Spécialement: Les difficultés relatives à un marché de charbon fait avec l'administration des chemins de fer ne rentrent pas dans leurs attributions. Brux., 16 juin 1838 (*J. de Br.*, 1838, page 298.)

[2] L'entreprise par l'État du transport des marchandises sur le chemin de fer ne constitue pas un acte de commerce. Brux., 29 mai 1841 (*J. de Br.*, 41, 231.) — *Voy.* Pardessus, no 18; Orillard, *Comp des trib. de comm.*, nos 296 et 326; déc. anal.; Brux., 16 juin 1836 (*J. de Br.*, 1838, 2, 208.) *Déc. not.*, tome XXV, page 359, et tome XXVIII, page 176. Sirey, 1824, 2, 167. Brux., cass., 1844 (*J. de Br.*, p. 408, et Br., 31 déc. 1844, p. 540.)

[3] Paris, 3 août 1832 (S.-V., 32, 2, 50); — Aix, 5 mai 1840 (S.-V., 40, 2, 348).—Despréaux, no 340.

[4] Rouen, 17 juill. 1840 (S.-V., 40, 2, 388).

[5] Rouen, 30 juin 1840 (S.-V., 40, 2, 388).

Toute entreprise puise son caractère dans le but qui a présidé à sa formation. — Si elle est constituée pour féconder des propriétés foncières et rurales, elle est entreprise d'agriculture. — Si l'entrepreneur a pour objet d'arriver à des découvertes dans les sciences ou dans les arts, elle est entreprise scientifique. — Si l'objet de l'entreprise consiste à affermer les revenus de l'État ou des communes, elle est financière. — Enfin, si l'entrepreneur spécule sur les bénéfices que lui procureront des actes de commerce, elle est commerciale.

2. Nous allons traiter rapidement de ces dernières, auxquelles s'applique l'art. 632.—Dans les cinq sections suivantes, nous nous occuperons des entreprises de manufacture, de commissions, de transports par terre ou par eau, de fournitures, et de travaux et constructions.

3. Mais avant de pénétrer dans ces détails, il est une observation générale commune à chacune de ces opérations, qui doit trouver sa place en ce moment.

Dans une entreprise de commerce, tout n'est pas commercial.—De même qu'un commerçant ordinaire peut s'être engagé pour des causes étrangères à sa profession, de même, dans les entreprises commerciales, il peut se rencontrer des opérations d'une nature purement civile, et se rattachant, quant à la partie litigieuse, à la juridiction ordinaire. — Pour démêler dans ces entreprises ce qui s'y trouve de commercial, il est indispensable de se reporter aux définitions légales des faits de commerce, et d'envisager les actes dont la réunion constitue l'entreprise comme si chacun d'eux se trouvait isolé; ces actes en effet ne changent pas de nature, qu'ils se rattachent à une opération complexe, ou qu'ils se produisent dans une circonstance toute spéciale.—Cette séparation opérée il s'agira d'appliquer à chaque partie de l'acte le principe naturel qui en régit les effets.

PREMIÈRE SECTION.

Des entreprises de manufacture.

SOMMAIRE.

1. Étymologie du mot *manufacture*. — Distinction entre les arts mécaniques et les arts libéraux, entre les artisans et les artistes. — Exemples.
2. Distinction entre l'artisan et le manufacturier. — Renvoi au livre II, chap. 3 de la deuxième partie.
3. Presque toujours le manufacturier est commerçant à double titre, et joint à son industrie une entreprise de fournitures. — Arrêt de la cour de Paris.

Suite de la distinction entre l'artisan et le manufacturier. — Opinion des auteurs.

4. L'entreprise de manufacture existe alors même que les ouvriers sont employés à domicile, au lieu d'être réunis dans un lieu appelé atelier, fabrique ou manufacture.
5. Dans une entreprise de manufacture, tous les actes ne sont pas commerciaux. — Arrêt de la cour d'Aix.
6. Développements de l'industrie. — Exemples des entreprises de manufactures. — Espèces consacrées par la jurisprudence.

1. L'étymologie du mot manufacture (*manu facere*) donne une définition assez exacte du sens qu'il faut y attacher. — Nous appellerons entreprises de manufacture, celles dans lesquelles un individu, faisant travailler à bras ou avec les machines destinées à remplacer les forces humaines, fait mettre en œuvre les matières premières qu'on lui confie, qu'il achète et qu'il convertit ensuite en marchandises, ou les marchandises qu'il dénature et dont il fait d'autres marchandises.

Ces entreprises ont donc pour base et pour caractère distinctif la location du travail et une spéculation sur le bénéfice que l'on espère retirer de cette location. La spéculation consiste à transformer en un objet nouveau un objet acheté, ou reçu à fin de mise en œuvre, et à retirer, soit de la vente de cet objet, soit uniquement, mais dans toutes les hypothèses de la location du travail d'autrui, un gain plus ou moins considérable.

Pardessus, n° 35, le fait remarquer avec raison, il convient d'appliquer ici la distinction entre les arts *mécaniques* et les arts *libéraux*. — Les arts mécaniques sont ceux dans lesquels on travaille plus des mains que de l'esprit : on les appelle *métiers*, et ceux qui s'y livrent portent assez généralement le nom d'*artisans*. — On appelle arts libéraux ceux qui ont pour objet unique, ou du moins principal, des travaux de

l'esprit, et ceux qui s'y livrent reçoivent le nom d'*artistes*.

De cette distinction si nette, il résulte que certains ouvrages produits par l'industrie peuvent être tour à tour, et suivant les individus, considérés comme actes de commerce ou comme opérations civiles. Nous rappelons ici ce que nous disions plus haut pour faire mieux apprécier la différence : Le sculpteur produit œuvre d'art lorsque, taillant le marbre, il fait une statue ; le marbrier, au contraire, fait une opération mercantile lorsque son ciseau taille le marbre pour livrer au commerce des tables et chambranles. — Ainsi encore, l'artiste peintre ne fait point acte de commerce en vendant les tableaux qu'il a peints, tandis que le peintre en bâtiments est réputé commerçant à l'occasion de son habitude de peindre les appartements.

2. La définition des entreprises de manufactures doit être complétée par une observation. —Il ne faut pas confondre l'artisan et le manufacturier proprement dit. — L'artisan loue son travail au jour le jour ; il exécute au fur et à mesure les rares commandes qu'on lui donne ; il n'achète pas pour fabriquer et revendre une grande quantité d'objets qu'il soumet à une manipulation.—Le manufacturier organise la mise en œuvre sur une vaste échelle; il loue les services de nombreux ouvriers; à l'aide d'achats personnels ou de mandats qu'il reçoit, il fait une ample provision des matières premières, et il spécule en grand sur les produits ouvrés qu'il doit en tirer. — En un mot, celui-là est en quelque sorte un ouvrier qui travaille pour vivre; celui-ci est le spéculateur qui fait travailler pour s'enrichir. — Voir le développement de cette pensée, deuxième partie, liv. III, chap. 2, à l'occasion de la compétence à raison de la personne.

3. Le manufacturier est le plus souvent commerçant à un double titre : il est rare qu'il se borne à ouvrer les matières premières que lui confient les tiers ; le plus souvent il se livre à de nombreuses acquisitions de denrées ou de marchandises, il les dénature par le travail, il les façonne, en fait de nouvelles marchandises qu'il répand dans le public. — Dans cette dernière espèce, le manufacturier est deux fois commerçant : d'abord il a acheté pour revendre, en second lieu il a fait une entreprise de manufactures. — Dans la première, il a loué l'industrie d'un grand nombre d'ouvriers, il a acheté des machines dans le but d'en sous-louer l'usage, il a donc fait une entreprise de commerce [1].

Dans le cas où, se bornant à louer l'industrie de ses ouvriers et l'usage de ses machines, le manufacturier entreprend de faire travailler les matières premières confiées à son intelligence, dans ce cas, disons-nous, la difficulté consistera souvent à saisir la distinction assez délicate qui existe entre le manufacturier et l'artisan. L'artisan, en effet, ne loue par toujours son seul travail : quand son habileté est connue, ses pratiques deviennent plus nombreuses, et il est obligé de s'aider du concours de quelques apprentis ou compagnons; il loue leur industrie : il se rapproche alors du manufacturier ; mais le louage d'industrie maintenu dans d'étroites limites, ne constitue pas un commerce. L'acte commercial ou l'acte civil, consistera alors dans le plus ou le moins; ce qui établira la distinction entre eux, c'est la multiplicité des affaires, l'importance de l'établissement, la nature et la quantité des commandes, le grand nombre des ouvriers embauchés. Car c'est dans ces faits que réside ou l'esprit de spéculation, ou seulement le désir d'agrandir les ressources de la vie. Cette difficulté, qui réside dans l'appréciation du fait, est abandonnée à la prudence des magistrats consulaires [2].

4. L'entreprise de manufacture existe aussi bien lorsque l'entrepreneur confie à des ouvriers *travaillant à leur domicile* les objets qu'il veut faire manipuler, que lorsqu'il réunit ces ouvriers dans un lieu appelé atelier, fabrique, manufacture.

5. Si l'exploitation d'une manufacture constitue une entreprise de commerce, il ne faut pas croire que tous les actes qui la concernent aient le même caractère. — La cour d'Aix a jugé, par arrêt du 9 mars 1827 (S.-V., 28, 2, 15), que le propriétaire d'une usine n'est pas justiciable des tribunaux de commerce, à raison des réparations qu'il fait faire par un ouvrier à son usine.—Peu importe que l'exploitation de cette usine puisse d'ailleurs le faire considérer comme commerçant [3].

6. Aujourd'hui la science mécanique est arrivée à une grande hauteur : l'application de la vapeur a établi devant elle un horizon sans bornes ; au lieu du seul emploi des forces humaines, la science a mis à la disposition de l'industrie des machines dont la puissance est incalculable ; aussi l'industrie a progressé, et des milliers de manufactures ont couvert la France.

Pour faire reconnaître quels établissements doivent être rangés dans cette classe, il suffira de citer quelques exemples.

---

[1] Paris, 9 sept. 1813 (S.-V., 16, 2, 70).
* Un atelier dans lequel on se borne à soumettre la matière à certaines opérations, sans aucun changement de forme ou de substance, n'est pas un établissement qui puisse être considéré comme une entreprise de manufacture. Liége, 8 déc. 1841 (*J. de Br.*, 1842, page 131.)

[2] Dalloz, vº *Commerçant*, tome 41, page 349;—Pardessus, nº 81.
En sens contraire : Carré, *Lois de l'Org. jud.*, tome II, page 542;—Orillard, nº 149.;—E. Vincens, nº 26.

[3] L'action dirigée par un fabricant contre un simple ouvrier tisserand, relativement à des tissages entrepris par celui-ci pour le compte du premier, n'est pas de la compétence des tribunaux de commerce. Brux., 7 mai 1836. (*J. de Br.*, 1839.)

L'individu qui fonde un établissement dans lequel, travaillant la laine, il fabrique du drap, établit une manufacture.

De même celui qui, recevant du drap, confectionne des habits.

De même celui qui, avec la laine qu'il achète ou qu'on lui confie, fabrique des tapis.

De même celui qui fait des glaces avec le verre et les autres accessoires dont il se fournit.

De même celui qui fabrique du papier avec les matières employées d'ordinaire à cet objet.

Prendre un brevet d'invention, l'exploiter et fabriquer les objets par le procédé privilégié, c'est établir également une entreprise de manufacture ; mais s'occuper d'essais pour parvenir à la découverte de ce procédé, se livrer à une fabrication de certains objets, faire travailler des ouvriers, acheter des machines dans ce but, c'est n'est point se constituer entrepreneur.

Les imprimeurs qui convertissent le papier en feuilles imprimées, qui louent l'usage de leurs presses et l'industrie de leurs ouvriers, sont des entrepreneurs de manufacture.

Le propriétaire d'un fonds rural ne fait point acte de commerce, lorsqu'il établit sur son fonds une fabrique de sucre indigène, et même lorsqu'il l'exploite en convertissant en sucre les betteraves de sa récolte. En agissant ainsi il tire parti de sa propriété, comme le font les propriétaires de vignobles [1].

Mais si au lieu de se borner à faire produire à sa terre tout ce qu'elle peut rapporter, ce propriétaire achetait des betteraves pour alimenter sa fabrication, alors il serait un véritable commerçant [2].

Un blanchisseur en chambre n'est point un commerçant ; mais l'établissement et l'exploitation d'une blanchisserie, dans laquelle de nombreux ouvriers seraient employés, serait une entreprise commerciale [3].

Il en de même du foulonnier qui établit une usine importante et qui loue l'industrie d'un grand nombre d'ouvriers [4].

La convention entre un fabricant et un particulier non négociant, par exemple un professeur de physique, par laquelle ce dernier s'engage à donner pendant plusieurs années des soins à la manufacture du premier et à la perfectionner à l'aide de procédés nouveaux, est, de la part du fabricant, un acte de commerce, dont la connaissance appartient aux juges de commerce [5].

Celui qui, régissant d'une forge, se charge, moyennant un prix convenu, de la faire valoir pour lui-même, et prend pour son propre compte les effets morts et les marchandises qui s'y trouvent, fait, par ce traité, acte de commerce qui le rend justiciable des tribunaux de commerce [6].

DEUXIÈME SECTION.

Des entreprises de commission.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre le commissionnaire et le mandataire. — Différence dans leur position envers les tiers avec qui ils contractent.
2. Du commissionnaire *ducroire*.
3. La commission peut être donnée pour toute affaire commerciale.
4. Ancienneté de l'usage des commissionnaires : leur utilité. — Citation de Savary.
5. Du contrat de commission dans ses rapports avec les entreprises.
6. Quand l'entreprise de commission est commerciale. — Citation de la discussion au conseil d'État.
7. Importance de cette matière et renvoi à l'ouvrage de Delamarre et Lepoitevin.

1. Le commissionnaire est un mandataire d'une nature particulière qui, traitant, avec les tiers en son nom personnel, se charge d'accomplir une opération déterminée pour le compte d'une autre personne qui l'investit de sa confiance.

Les tiers avec lesquels il contracte, ne connaissant que lui, ignorant s'il agit dans ses pro-

[1] Douai, 22 juill. 1830 (S.-V., 31, 2, 172) *Voy* Orillard, nº 304.
[2] Despréaux, nº 355
[3] Cour de cass.
[4] Rouen, 2 déc. 1825. *Voy*. Orillard, nº 304.
[5] Liége, 27 déc. 1811 (S.-V., 13, 2, 142) ;—Dalloz, tome IV, p. 373. *Voy*. Orillard, nº 305.
[6] Bourges, 4 mars 1825 (S.-V., 25, 2, 359),

pres intérêts ou dans ceux d'autrui, ont une action directe contre lui, et ne peuvent, au contraire, agir de leur chef contre le commettant qui a voulu leur rester étranger. Remarquons toutefois que les tiers, subrogés aux droits de leur débiteur, pourraient, en vertu du principe écrit dans l'art. 1166 du Code civil, exercer contre le commettant les actions qui appartiendraient au commissionnaire.

Cette première condition constitue la différence principale entre le commissionnaire et le mandataire, lequel, faisant connaître pour le compte de qui il agit, n'est point obligé, lorsqu'il est resté dans les limites de sa mission, et oblige son mandant. — Pour bien saisir le caractère de cette première distinction, il est essentiel d'ajouter qu'elle ne concerne que les rapports du commissionnaire avec les tiers. Entre le commettant et le commissionnaire, il se forme un véritable contrat de mandat, qui oblige respectivement les parties à toutes les obligations écrites dans le livre III, titre XIII du Code civil (art. 1984 à 2010).

Une autre différence, importante aussi, c'est que le mandat est présumé gratuit (art. 1986 du Code civ.), tandis que le contrat de commission, à moins de conventions contraires, donne droit à une rétribution.

2. Ordinairement, le mandataire doit rendre compte au mandant de la manière dont il a rempli sa gestion : lorsqu'il a exécuté avec zèle et intelligence les ordres qui lui furent donnés, il ne peut être responsable des conséquences de l'opération, il n'est responsable que de ses fautes; le commissionnaire peut, au contraire, être engagé personnellement envers le commettant. — Si la commission est *simple*, on reste dans les termes ordinaires; si le commissionnaire perçoit une commission *ducroire*, il répond de la solvabilité des débiteurs. — La commission *ducroire* est ordinairement double de la commission habituelle. — Dans ce dernier cas, le commissionnaire est appelé *ducroire*.

3. La commission peut être donnée pour toutes sortes d'affaires commerciales, par exemple pour vendre des marchandises, pour en acheter, pour en opérer le transport, pour faire des opérations de banque et de change.

4. L'usage de se servir de commissionnaires est ancien en France, et produit de grands avantages : voici comment s'exprime à cet égard Savary.

« Par le moyen des commissionnaires, les négociants et banquiers peuvent négocier partout le monde, sans sortir de leurs magasins ou comptoirs, tant pour l'achat et la vente des marchandises, que pour faire des traites et remises d'argent d'un lieu à l'autre; et, en effet, les plus grands négociants ne font autre chose que commettre des achats de marchandises dans un pays où il y en a en abondance, pour les envoyer vendre en d'autres où il n'y en a point, et où elles sont nécessaires : et ce commerce ne pourrait se faire s'il n'y avait des correspondants ou commissionnaires, à moins que d'être plusieurs associés ensemble, dont les uns fussent actuellement demeurants dans les lieux où se font les achats de marchandises, et les autres dans ceux où elles se transportent pour les y vendre et débiter. — C'est pourquoi plusieurs négociants ne font autre profession que celle de commissionnaires. »

5. Au début de ce chapitre, nous avons établi une distinction entre les actes isolés et les *entreprises* : nous avons expliqué que les entreprises consistaient dans l'habitude de se livrer aux mêmes actes, par les mêmes moyens, et avec le concours d'éléments combinés.

Un acte de commission isolé ne constituerait pas une opération commerciale. — L'entreprise des commissions présente seule ce caractère, attribue la qualité de commerçant à celui qui l'exerce, et, par conséquent, le rend justiciable de la juridiction consulaire.

6. Cependant, pour que l'entreprise de commission soit commerciale, il faut qu'elle ait pour objet la négociation d'affaires de commerce; afin de lever toute incertitude sur ce point, nous ne saurions mieux faire que de rapporter ici la discussion qui eut lieu au conseil d'État :

« Merlin attaque la rédaction en ce que ces mots, *entreprise de commission*, présentent une idée trop vague et susceptible d'être étendue trop loin. On pourrait prétendre, par exemple, qu'ils autorisent à traduire devant les tribunaux de commerce le particulier, tel qu'il en a toujours existé beaucoup à Paris, qui fait profession et métier de recevoir les rentes et pensions des créanciers de l'État, domiciliés dans les départements.

« Regnaud de Saint-Jean d'Angely dit que la section de l'intérieur n'entend parler que de celui qui est chargé de commission pour marchandises, et observe, au surplus, que le titre *des Commissionnaires* développe bien la pensée des rédacteurs.

» Beugnot dit que le mot *commission* est suffisamment expliqué par la nature de la loi; dans un Code de commerce, il ne peut signifier que les commissions relatives à des objets de commerce.

» La rédaction proposée par la section de l'intérieur est adoptée. » (Locré, tome VIII, *Commentaire des art.* 631 *à* 639, pages 286 et 287.)

7. La matière des commissionnaires est assez grave pour que le législateur lui ait spécialement consacré le titre VI[e] du Code de commerce : il faudrait donc un ouvrage entier pour en examiner tous les détails. — Il a suffi, dans le sujet qui nous occupe, de leur avoir consacré ces quelques lignes; si l'on désire des explications complètes, il faut consulter l'ouvrage si distingué qu'ont publié récemment Delamarre et Lepoitevin.

TROISIÈME SECTION.

Des entreprises de transports par terre ou par eau.

SOMMAIRE.

1. Ce qui constitue l'*entreprise* de transports. — Opinion des auteurs.
2. Distinction entre les entrepreneurs *publics* et *particuliers*.
3. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier, suivant les circonstances, s'il y a entreprise ou acte isolé de transport.
4. Les entrepreneurs des pompes funèbres sont commerçants. — Jurisprudence. De même les entrepreneurs de chemins de fer, ou de transports militaires. — Jurisprudence ; opinion des auteurs.
5. Espèces consacrées par la jurisprudence.
6. Ordonnance du conseil d'État du 18 octobre 1833, qui déclare l'art. 108 du Code de commerce, non applicable à un entrepreneur chargé d'un recouvrement de deniers publics.
7. Des *commissionnaires* de transports.

1. Nous répétons ici la distinction que nous avons faite : louer une fois, et par occasion, des moyens de transports pour les choses ou pour les personnes, ce n'est pas faire une opération commerciale. — Comme le remarque judicieusement Pardessus, n° 39, le cultivateur qui, après avoir conduit ses grains ou denrées à la ville, en ramènerait des marchandises pour le compte d'autrui, moyennant une rétribution, ne ferait pas un acte de commerce.

Mais faire des transports sa profession habituelle, former dans ce but un établissement, créer en un mot une *entreprise* à ce destinée, c'est ce qui constitue la spéculation commerciale. — Ainsi font les entrepreneurs de chemins de fer, de voitures publiques, de bateaux à vapeur, et tous ceux qui constamment louent leurs services, ou ceux de leurs employés, aux transports par terre ou par eau, des personnes ou des marchandises. — Locré, tome VIII, page 287; — Dalloz, v° *Acte de commerce*, t. IV, page 349; — Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, page 914, enseignent cette doctrine que nous tenons pour constante.

2. Il existe deux sortes d'entrepreneurs de transports, les entrepreneurs particuliers et les entrepreneurs publics. — Les entrepreneurs *particuliers* sont ceux qui, n'ayant pas de services publiquement annoncés, se chargent, quand bon leur semble, et à prix débattus, d'effectuer les transports qu'on leur propose. — Les entrepreneurs *publics* sont ceux qui, ayant annoncé leur établissement au public, avec des tarifs de prix, de périodicité, de jours et d'heures, ne sont pas maîtres de refuser de partir aux prix, jours et moments déterminés, et ne peuvent exiger d'autres conditions que celles indiquées dans leurs annonces.

3. En cas de contestation, il appartient aux tribunaux de rechercher et de dire s'il a existé un acte isolé, ou bien une entreprise permanente et, par conséquent, commerciale. Cette appréciation, qui rentre dans le domaine du fait, échapperait à la censure de la cour de cassation.

4. Quoique les entrepreneurs des pompes funèbres soient chargés d'un service public, ils doivent être rangés dans la classe des commerçants, et sont justiciables de la juridiction consulaire, à raison des fournitures qui leur sont faites relativement à leurs entreprises. Quoique placés sous la surveillance de l'autorité administrative, ils agissent dans leur propre intérêt : les bénéfices leur profitent, de même que les risques sont à leur charge ; ils sont considérés comme des entrepreneurs de transports [1].

De même, les entreprises de chemins de fer, ayant pour objet le transport des voyageurs et des marchandises [2].

Il en est de même des entrepreneurs de transports militaires [3].

5. Le droit d'assigner devant la juridiction commerciale les entrepreneurs de transports appartient, non-seulement aux commerçants, mais encore aux simples particuliers qui ont des répétitions à exercer contre eux à l'occasion de leur entreprise [4].

[1] Cass., 9 janv. 1810 (S.-V., 10, 1, 125). *Voy.* Orillard, n° 334.
[2] Cass., 28 juin 1843 (S.-V., 43, 2, 574).
[3] Lyon, 30 juin 1827 (S.-V., 28, 2, 122); — Merlin, *Quest. de droit*, v° *Trib. de comm.*, § 3. — *Contra*, Carré, *Compét. civ.*, tome II, n° 310.
[4] C'est aux tribunaux de commerce, et non aux tribunaux civils, qu'appartient la connaissance des réclamations for-

C'est ce qui a été jugé dans les espèces suivantes :

1° Un individu non commerçant peut saisir le tribunal de commerce des actions contre les voituriers, bateliers et autres entrepreneurs de transports pour raison des marchés passés avec eux et concernant leur commerce [1].

2° Lorsqu'un cautionnement a été fourni par un employé dsns une entreprise de cette nature, les tribunaux de commerce sont valablement saisis de la demande en restitution de ce cautionnement, formée contre l'entrepreneur [2].

3° Lorsqu'un entrepreneur de transports a remis les effets qu'il s'était chargé de transporter, à une autre personne que le destinataire, celui-ci peut porter sa demande en dommages-intérêts devant la juridiction commerciale [3].

4° La compagnie formée pour l'exploitation d'un chemin de fer est réputée adjudicataire d'une entreprise de transport, et dès lors justiciable des tribunaux de commerce [4].

5° Il en est de même de celui qui afferme un bac ; il transporte les personnes ou les choses d'une rive à l'autre [5].

6° L'art. 108 du Code de commerce, qui déclare éteintes, après six mois ou un an, toutes actions contre le voiturier, à raison de l'avarie ou de la perte des marchandises transportées, ne peut être opposé par un entrepreneur de transports, à l'administration agissant pour le recouvrement de denrées ou effets en déficit par suite de l'exécution d'un service public [6].

7° En dehors de la classe des entrepreneurs de transports, il existe une industrie qui s'y rattache : c'est celle des *commissionnaires de transports*, qui, agissant en leur nom pour le compte d'autrui, passent des marchés avec d'autres voituriers, lesquels transportent les effets de leur commettant. Recevant un prix élevé de leur mandant, ils traitent à meilleur marché avec les entrepreneurs qu'ils emploient, et font un véritable commerce, ainsi que nous l'avons expliqué dans la précédente section.

QUATRIÈME SECTION.

Des entreprises de fournitures.

SOMMAIRE.

1. Définition des entreprises de fournitures.
2. Espèces consacrées par la jurisprudence.
3. Entreprises de fournitures à l'État. — Règlement des rapports des fournisseurs avec l'administration, avec les tiers et les sous-traitants. — Jurisprudence.
4. Position des personnes qui agissent pour le compte d'autrui. — Commis.

1. L'entreprise des fournitures est celle au moyen de laquelle un individu fait profession de livrer des fournitures dont il vend la propriété ou dont il loue l'usage.

Cette entreprise a été rangée au nombre des actes de commerce, quand celui qui s'y livre a pour but de se procurer des bénéfices par la vente, la préparation, la location ou le transport des marchandises ; elle a été ainsi qualifiée, parce qu'elle renferme implicitement l'idée de l'achat pour revendre. Le fournisseur ne contracte commercialement que lorsqu'il s'engage à livrer des denrées ou marchandises qu'il a achetées ou qu'il sera obligé de se procurer à titre onéreux. — Le propriétaire qui, pour écouler les produits de sa récolte, prendrait l'obligation d'en fournir certaines quantités, à des époques convenues, ferait un acte d'exploitation foncière et

---

mées contre les entrepreneurs des messageries, du chef de la perte des objets qui leur ont été remis pour être transportés d'un lieu à un autre. Brux., 2 mai 1829 (*J. de Br.*, 1829, 2, 85.) Dalloz, tome V, page 375.

Lorsqu'une malle remise à une messagerie, pour en effectuer le transport, a été égarée, le propriétaire de cet objet peut assigner les entrepreneurs en indemnité devant le tribunal de commerce du lieu où la malle aurait dû être remise ; bien que ce lieu ne soit ni le lieu du départ de la voiture, ni celui de sa destination. Brux., 2 mai 1831 (*J. de Br.*, 1831, 1, 140.) Mais *voy.* Dalloz, tome V, page 375 et la note.)

[1] Bourges, 23 nov. 1835. *Voy.* Orillard, n° 327.

[2] Bord., 19 avril 1833. *Voy.* Orillard, n° 330.

[3] Cass., 11 nov. 1835. — Carré, *Lois de la Compét.*, n° 509. *Voy.* Orillard, n° 329.

[4] Lyon, 1er juill. 1836. *Voy.* Orillard, n° 323.

[5] Cependant arrêt contraire de Montpellier, 20 déc. 1834. *Voy.* Orillard, n° 332.

[6] Ord. du 18 oct. 1833 (S.-V., 34, 2, 574).

non une entreprise commerciale. — Il en est de même de l'auteur qui, pour débiter plus facilement son ouvrage, le publie par *souscription*, et s'oblige à en fournir des livraisons aux souscripteurs à des époques déterminées.

2. Les entreprises de fournitures sont destinées à satisfaire à tous les besoins qu'entraîne une population active et qui s'accroît tous les jours : aussi leur nombre et leur variété sont grands ; elles s'appliquent à toutes les choses qui, dans le commerce, servent à l'entretien, à la nourriture, à l'agrément des citoyens.

Ainsi sont commerciales les entreprises :

1° Pour le nettoiement des villes [1] ;

2° Pour leur éclairage au gaz ou à l'huile, pour leur arrosage ;

3° Pour la fourniture à forfait de toutes choses nécessaires à l'établissement d'un nouveau culte [2] ;

4° Pour la location de décors et ameublements employés dans les fêtes publiques ou particulières ;

5° Pour la location des choses nécessaires à la célébration des pompes funèbres [3] ;

6° Pour la publication par souscription des ouvrages de science, d'art, littérature, composés par d'autres personnes que l'éditeur.

7° Pour l'entretien et la réparation des routes [4].

8° Pour la tenue d'un cercle dans lequel un individu s'oblige à fournir aux habitués, moyennant salaire, des jeux, des livres, des journaux, des rafraîchissements. Cependant un arrêt de la cour de Gren., 12 déc. 1829 (S.-V., 33, 2, 19); a jugé le contraire. — Cet arrêt nous paraît sujet à critique [5].

3. Ces entreprises conservent leur caractère de commercialité, lorsqu'elles sont passées entre un particulier et l'État lui-même — L'individu qui s'oblige à fournir à l'administration tout ce qui est nécessaire à l'habillement, à la nourriture, à l'entretien des troupes, fait un acte de commerce, alors que l'administration ne s'oblige que dans les termes du droit administratif. — Dans leurs réclamations contre l'État, ces fournisseurs sont, dès lors, justiciables de la justice administrative. Le décret du 11 juin 1806, dans son art. 14, dispose à ce sujet : « Le » conseil d'État connaîtra de toutes les contes- » tations ou demandes relatives soit aux mar- » chés passés avec nos ministres, avec l'inten- » dant de notre maison, ou en leur nom, soit » aux travaux *ou fournitures* faits pour le service » de leurs départements respectifs, pour notre » service personnel ou celui de nos maisons. »

Mais en ce qui concerne les tiers, avec lesquels ils traitent, les fournisseurs sont de véritables commerçants, soumis à toutes les obligations, et investis de tous les droits de ceux qui exercent cette profession. Locré, tome VIII, page 289. — En conséquence, les tribunaux de commerce sont seuls compétents pour statuer sur les différends qui existent entre les fournisseurs de l'État et leurs sous-traitants [6].

4. Il est utile de faire remarquer ici, que l'on ne peut comprendre dans la classe des entrepreneurs de fournitures ceux qui agissent pour le compte et sous le nom d'autrui. — Ainsi les commis des marchands, les agents de l'État, qui achètent pour le compte de ceux par qui ils sont employés, ne font point une entreprise de fournitures ; simples intermédiaires, ils ont bien pu recevoir un salaire pour leurs peines, mais ils ne se sont pas livrés à une spéculation commerciale [7].

CINQUIÈME SECTION.

Des entreprises de travaux et de constructions.

SOMMAIRE.

[1] Turin, 26 fév. 1814 (S.-V., 16, 2, 80).

[2] Paris, 15 avril 1834 (S.-V., 34, 2, 414). *Voy.* Orillard, n° 334.

[3] Cass., 9 janv. 1810 (S.-V., 10, 1, 125). — Dalloz. tome IV, p. 340. *Voy.* Orillard, n° 333. On a vu, à la section précédente, n° 4, que ces entreprises étaient aussi, à Paris, des entreprises de transports.

[4] Caen, 27 mai 1818 (S.-V., 18, 2, 350). — Limoges, 21 nov. 1835 (S.-V., 37, 2, 191). *Voy* Orillard, n° 309.

[5] *Voy* la note belge ci-devant, liv. 2, ch. 1er, 2e sect., § 2. 1°.

[6] Cass., 6 sept. 1808 (Dalloz, 4, 375). — Cass., 10 fév. 1836. *Voy.* Orillard, n° 336.

[7] E. Vincens, page 132; — Pardessus, n° 21.

quelles le caractère purement civil a été reconnu.
3. Espèces dans lesquelles le caractère commercial a été reconnu.
4. Rapports des entrepreneurs des travaux publics avec l'administration : par qui ils sont réglés. — Jurisprudence et opinion des auteurs.
5. Rapports de ces entrepreneurs avec leurs sous-traitants.
6. Arrêts récents qui décident, en termes généraux, que les entrepreneurs de travaux publics font habituellement des actes de commerce et doivent être réputés commerçants.

1. On appelle *entreprises de travaux et de constructions*, les entreprises dans lesquelles un individu, se chargeant à forfait et moyennant un prix convenu, de constructions ou réparations de quelque importance, est obligé de s'assurer du concours d'ouvriers, et généralement de fournir les matériaux.

Les entreprises de travaux ressemblent aux entreprises de manufacture, et en diffèrent par deux caractères bien distincts. — Le point de ressemblance consiste en ce que l'une et l'autre louent les services de nombreux ouvriers : le point de dissemblance est tiré de ce que les entreprises de manufacture spéculent sur les meubles, tandis que les entreprises de travaux opèrent au contraire sur les immeubles.

Ces entreprises de travaux sont civiles ou commerciales suivant les circonstances. — Si l'entrepreneur s'est borné à faire des constructions avec des matériaux qui lui sont livrés, l'opération reste dans la limite des opérations ordinaires. Nous avons en effet expliqué déjà, ch. 1er, 1re sect., § 2, n° 2, que l'achat et la revente des immeubles ne pouvant être assimilés à l'achat et à la revente des denrées et marchandises, les opérations auxquelles ces biens donnent lieu ne sont point commerciales. — Si, au contraire ayant acheté des matériaux, l'entrepreneur les a revendus en les employant aux constructions, comme l'entreprise se complique d'un acte de fournitures, comme il y a eu achat de marchandises pour les revendre, il y a contrat commercial.

Cette distinction devra dominer quand il s'agira de déterminer le caractère particulier de chaque opération : elle ressort avec clarté de ce qui s'est passé au conseil d'État lors de la discussion du Code de commerce. — Voici comment Locré, note sous les art. 631 à 639, tome VIII, pages 292 et suiv., analyse cet incident :

« Le projet présenté par la commission portait : *Sont réputés faits de commerce toutes entreprises de constructions.*

» Cette disposition parut louche à plusieurs cours et tribunaux. — Ils demandèrent que la commission expliquât si le mot *constructions* s'appliquait aux constructions de tout genre, ou seulement aux constructions navales.

« Le tribunal de commerce de Châtillon disait : Si l'article entend constructions navales, il n'y a point en cela de nouvelle attribution. — Il y en a une, s'il entend entreprises de constructions indistinctement ; mais on ne voit point d'inconvénients dans ce cas-là même, seulement on croirait utile de s'expliquer.

» Les cours d'appel d'Angers et d'Orléans s'élevèrent, au contraire, contre cette innovation, supposé qu'on voulût l'introduire.

» Ne serait-il pas à craindre, disait la cour d'appel d'Angers, qu'en laissant le mot on ne voulût l'étendre à toutes les constructions, par exemple, à celle d'un édifice pour un simple particulier, contre lequel l'architecte n'a que l'action ordinaire? Interprétation fausse qu'on doit prévenir. »

« La cour d'appel d'Orléans s'exprimait ainsi : On a compris, dans le § 2, au nombre des faits de commerce, *toutes les entreprises de constructions.* C'est une nouveauté qui ne paraît pas admissible. Ces entreprises sont de simples locations ou louages d'ouvrages ; elles n'ont aucune analogie avec les faits de commerce, et ne sauraient être réglées par les lois qui lui sont propres; elles lui sont trop étrangères, si ce n'est peut-être les constructions de navires marchands, à raison de leur destination pour le commerce. Quant aux entrepreneurs de bâtiments, s'ils peuvent être considérés comme marchands, *ce n'est que relativement à l'achat des matériaux qu'ils emploient et fournissent dans leurs entreprises;* et, sous ce même point de vue, tous artisans, manufacturiers et gens de métier font effectivement le commerce des choses qu'ils achètent brutes pour les revendre ouvragées et fabriquées; ce qu'il semble nécessaire d'expliquer dans cet article.

» D'après ces dernières observations, les commissaires rédacteurs changèrent leur article, et aux mots : *toutes entreprises de constructions*, substituèrent ceux-ci : *toutes entreprises de constructions maritimes.* »

Nous tenons donc pour constant que les entrepreneurs de constructions ne sont point commerçants, en thèse générale, mais qu'ils le deviennent si, à leur industrie, ils joignent l'habitude d'acheter des matériaux et de les revendre dans les constructions par eux édifiées.

2. La jurisprudence des cours s'est prononcée, en général, en ce sens, dans les espèces suivantes :

1° Celui qui s'est engagé à construire, et a réellement construit des pompes à feu, pour en concéder l'usage à des sociétés charbonnières, moyennant un tantième dans l'extraction, ne fait pas en cela un acte de commerce. — Cette entreprise, quelque temps qu'elle ait duré, et quelque nombreuses qu'aient pu être les opéra-

tions qu'elle a entraînées, ne suffit pas pour réputer commerçant celui qui les a faites [1].

2° Un charpentier n'est point justiciable du tribunal de commerce pour avoir, par suite d'un marché, construit, vendu et placé une roue hydraulique pour une filature. Une pareille construction n'est un acte de commerce que lorsqu'elle se rattache à la navigation intérieure ou extérieure [2].

3° L'entrepreneur de travaux, qui ne s'engage qu'à fournir son travail et à procurer les échafaudages et autres objets nécessaires pour la construction de ces ouvrages dont on lui fournit les matériaux, ne fait en cela aucun acte de commerce [3].

4° Pour qu'un entrepreneur puisse être justiciable des tribunaux de commerce, à raison des matériaux qui lui ont été fournis, il faut que ces objets aient été employés comme matière première et indispensable, devant faire partie inhérente et principale des travaux entrepris, et dont l'entrepreneur doit ensuite recevoir le prix, sans qu'il puisse suffire à cet effet qu'ils aient été employés comme un simple accessoire servant momentanément à rendre les travaux plus faciles [4].

5° Les entreprises de travaux à faire à un port ne sont pas commerciales [5].

6° De même, celles relatives à la construction d'un canal [6].

7° De même, celles qui ont pour objet les travaux de terrassement nécessaires à l'établissement des chemins de fer [7].

8° De même, celles relatives à l'établissement de fortifications [8].

9° La société formée pour acheter un terrain et y construire un marché n'est pas commerciale [9].

10° De même, l'entreprise d'édification d'une église, mise en adjudication par une commune [10].

11° De même, l'entreprise d'édification d'un palais de justice [11].

Voici le texte de l'arrêt de la cour royale de Poitiers, qui a nettement posé les principes :

ARRÊT.

« Attendu que les entreprises de construction ne sont réputées actes de commerce que lorsqu'elles ont la navigation pour objet.

« Qu'il résulte de cette distinction, admise dans l'ancien droit, et consacrée par l'art. 633 du Code de comm., qu'en se rendant adjudicataire de travaux de construction d'un palais de justice et de prisons à Civrai, Gon n'est pas devenu justiciable des tribunaux de commerce, *si ce n'est à raison des achats de matériaux qu'il aurait pu faire pour les employer à ces constructions*;

» Que les conventions verbales intervenues entre Gon et Mesmain, conventions sur lesquelles ils sont d'accord, et qui ont consisté à substituer Mesmain à Gon pour tout ce qui concernait les charpentes et boiseries des constructions dont ce dernier s'est rendu adjudicataire, moyennant la retenue d'un bénéfice de 10 pour °/°, calculé d'après le toisé de l'architecte du département, ne constituent pas non plus un acte de commerce, mais une entreprise à prix fait, de travaux relatifs à la profession de Mesmain;

» Que ce serait dénaturer ces conventions que de les considérer comme une simple entreprise de fournitures, comprise dans la nomenclature de l'art. 632 du Code de comm. ;

---

[1] Brux., 15 mars 1816 (*Pasicrisie belge*; Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 90, page 12).

[2] Rouen, 14 mai 1825 (S.-V., 26, 2, 135).

[3] Brux., 12 sept. 1825 (Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte du comm.*, n° 85, page 12).

Des entreprises de bâtisses et constructions faites en commun, par spéculation, avec achat et livraison des matériaux nécessaires employés principalement et comme matières premières à ces constructions, constituent entre les entrepreneurs et vis-à-vis des tiers vendeurs, des actes de commerce. Brux., 12 mai 1838 (*J. de Br.*, 1840, 3.)

[4] Brux., 27 avril 1832 (*J. du Br.*, 1832, 1. 277; Devill, *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 86, page 12).

Une entreprise de travaux d'art à exécuter sur une route est de sa nature une entreprise civile, et les contestations qui surgissent ou peuvent surgir entre les entrepreneurs sont du ressort des tribunaux ordinaires et non du ressort des tribunaux de commerce.

Il en est de même d'une convention par laquelle les entrepreneurs mettent leur entreprise en société ou règlent de toute autre manière la part que chacun d'eux prend à l'entreprise. Brux., 28 avril 1838 (*J. de Br.*, 1839, 509.)

[5] Brux., 22 mai 1819 (Dalloz, t. IV, p. 377; *Pasicrisie belge*; Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 90, page 12). — Carré, *Comp. civ.*, tome II, n° 516. *Voy.* Orillard, n° 308.

L'entreprise de construction de bâtiments, pour être de la compétence des tribunaux de commerce, doit être relative à la navigation intérieure ou extérieure. Liége, 19 avril 1833 (*J. de Br.*, 1833, 392.)

Une contestation relative à l'entreprise de la construction d'un pont ne peut être portée devant les tribunaux de commerce. (*Voy.* Carré, *Lois de la compét.*, tome IV, page 412; Dalloz, tome IV, page 375; Orillard, n° 154.

La qualité de *marchands*, prise par les parties dans la convention, ne pourrait changer la nature de leur contrat. Liége, 24 avril 1834 (*J. de Br.*, 1834, page 253).

[6] Nancy, 15 mars 1842 (S.-V., 42, 2, 480); — Nancy, 6 avril 1843 (S.-V., 43, 2, 491).

[7] Lyon, 5 mars 1832; Cass., 26 mars 1838. *Voy.* Orillard, n° 308.

Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des contestations qui peuvent surgir entre des entrepreneurs d'une route publique et les personnes qui ont été chargées par eux, moyennant un salaire convenu, de l'exécution de certains travaux de leur entreprise. Brux., 11 mars 1840 (*J. du Br.*, 1840, 384).

L'entreprise de celui qui s'est chargé d'une réparation de chemins publics, et de l'achat des pierres nécessaires à cette réparation, ne constitue pas un acte de commerce. *Voy.* dans le sens de la 1re solution, Carré, *Lois des jur. civ.*, tome IV, pages 412 et suiv.; Dalloz, tome IV, pages 276, 348 et 375.

Celui qui s'est obligé vis-à-vis du gouvernement, comme caution pour une semblable entreprise, ne peut, après avoir opéré un payement en cette qualité, à la décharge du débiteur principal, l'assigner devant les tribunaux de commerce en remboursement.

Semblable exception est proposable en appel. Brux., 25 oct. 1833 (*J. de Br.*, 1834, 112).

[8] Brux., 5 nov. 1818 (*Pasicrisie belge*). Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, page 12.)

[9] Paris, 11 déc., 1830 (S.-V., 31, 2, 282). *Voy.* Orillard, n° 308.

[10] Pau, 31 janv. 1834; — Caen, 8 mai 1838. *Voy.* Orillard, n° 150

[11] Poitiers, 21 déc. 1837 (S.-V., 38, 2, 297); — Colmar, 14 août 1839. *Voy.* Orillard, n° 312.

» Que les seules dispositions applicables à l'espèce sont celles de l'art. 1799 du Code civil, qui déclarent entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent, les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des travaux à prix fait,

» La cour déclare la juridiction commerciale incompétente ; etc. »

3. Maintenant, voici les espèces dans lesquelles on a reconnu le caractère commercial, à cause des achats des matériaux destinés à être employés, et par suite revendus.

1° L'entreprise de celui qui se charge de réparations de chemins publics, et de l'achat des pierres nécessaires à ces réparations, est une opération de commerce dans le sens de l'art. 632 du Code de comm. En conséquence, toute contestation relative à cette entreprise doit être portée devant la juridiction commerciale [1].

2° De même les entreprises de nettoiement, arrosage, éclairage des villes ; ces entreprises se compliquent également d'une entreprise de fournitures [2].

Carré critique vainement la solution de cet arrêt (*Lois de la comp.*).

3° En thèse générale, les entrepreneurs de fortifications ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce ; il en est autrement quand ils ont acheté et employé dans ces travaux les matériaux nécessaires à leur établissement [3].

4° L'entreprise de construction d'une forge ou haut fourneau est une entreprise commerciale, soit que l'entrepreneur l'ait fait construire pour l'exploiter lui-même, soit qu'il l'ait fait construire pour la revendre. En conséquence, cet entrepreneur est justiciable des tribunaux de commerce, à raison des achats qu'il a faits pour cette construction [4].

5° Une association ayant pour objet d'obtenir l'adjudication d'un bâtiment à construire, et la fourniture des matériaux nécessaires à cette construction, constitue un acte de commerce [5].

6° L'entreprise de construction d'une maison, est, de la part de l'entrepreneur, un acte de commerce, lorsqu'il s'est obligé à fournir les matériaux nécessaires [6].

7° Un arrêt de la cour de Bastia, 8 avril 1834 (S.-V., 34, 2, 584), a décidé qu'une société formée même entre non-commerçants, pour construction d'un pont sur une route départementale, était une société commerciale ; qu'en conséquence, les contestations qui s'élèvent entre les associés sont de la compétence des tribunaux de commerce. — Cette compétence commerciale s'étend même à la demande de l'un des associés en payement d'une somme qui lui aurait été promise par ses coassociés pour prix de sa renonciation à la société.

Cet arrêt est probablement fondé sur la distinction que la jurisprudence a faite, et les entrepreneurs de la construction du pont ont dû sans doute fournir les matériaux employés.

Quoi qu'il en soit, on ne saurait mettre sur le même niveau et considérer comme entreprises de construction, ou comme entreprises de transport, les sociétés formées pour la perception des péages des ponts et routes. — Une semblable compagnie ne fait point opération commerciale : elle n'a point pour industrie d'opérer le transport des voyageurs ou des marchandises ; elle se borne à recevoir le prix du passage suivant un tarif déterminé par l'autorité administrative. — La cour de cassation, 23 août 1820, (S.-V. 21, 1, 372), admettant ce principe, a dénié à une semblable société le caractère commercial, alors même que son fonds social était divisé en actions au porteur [7]. (Malepeyre, page 8.)

8° Les simples particuliers, l'État, les communes qui traitent avec un entrepreneur pour la construction d'une maison ou d'un édifice, pour l'établissement des routes, ne font pas plus un acte de commerce, que lorsque, s'attachant le travail d'ouvriers, ils procèdent eux-mêmes à ces travaux [8].

4. C'est aux conseils de préfecture et non aux tribunaux qu'il appartient de statuer sur les réclamations élevées à l'occasion des travaux publics. Cette disposition est empruntée à l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an 8 [9]. — Par application de cette loi, il a été jugé que le conseil de préfecture peut condamner une compagnie de chemin de fer à effectuer les travaux nécessaires pour faire cesser les dommages occasionnés par la construction de ce chemin, même sous le rapport de la salubrité ou du service de la navigation. — Mais ce conseil ne peut ordonner l'exécution immédiate de ces travaux, ni en déterminer la nature, les dimensions et l'emplacement, s'ils doivent avoir lieu sur un cours d'eau navigable : ce droit n'appartient qu'à l'administration [10].

5. Les contestations qui s'élèvent entre les

[1] Caen, 27 mai 1818 (S.-V., 18, 2, 250) ; — Limoges, 21 nov. 1835 (S.-V., 37, 2, 191). — Merlin, *Quest. de droit*, v° *Commerce* (*acte de*), § 6 ; — Pardessus, n° 36. *Voy.* Orillard, n° 309.

[2] Turin, 26 fév. 1814 (S.-V., 16, 2, 80).

[3] Brux., 23 juill. 1819 (Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 95, page 12).

Est commerciale une société formée par des particuliers à l'effet de se porter adjudicataires d'une route décrétée par le gouvernement pour laquelle un subside est concédé, outre le droit de percevoir un péage pendant un temps limité. Brux., 19 avril 1841 (*J. de Br.*, 1841, 525). Merlin, *Quest.*, v° *Acte de comm.*, § 8 ; Orillard, n° 308.

[4] Lyon, 4 août 1827 (S.-V., 27, 2, 254). *Voy.* Orillard, n° 309.

[5] Brux., 6 janv. 1830 (Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Acte de comm.*, n° 91, page 12).

[6] Poitiers, 23 mars 1841 (S.-V., 41, 2, 633).

[7] *Voir* livre III, chap. 3, sect. 5, les effets de l'introduction de ces actions dans les sociétés.

[8] Rouen, 7 janv. 1839. *Voy.* Orillard, p. 310.

[9] Cette disposition n'a plus de force en Belgique. (Brux., 25 sept. 1832 (*J. de Br.*, 1832, 2, 32.)

[10] Ord., 28 juin 1837 (S.-V., 37, 2, 502). — Théod. Chevalier, v° *Trav. pub.* ; — Cormenin, *Quest. de dr. adm.*

entrepreneurs de travaux publics et leurs sous-traitans, sont de la compétence des tribunaux, à l'exclusion de l'autorité administrative, quelles que soient d'ailleurs les conventions insérées à cet égard dans le sous-traité : il n'en est pas de ces différends comme de ceux qui surgissent entre les entrepreneurs et l'administration [1].

6. Les entrepreneurs de travaux publics, font habituellement des actes de commerce, et sont dès lors commerçants [2].

CHAPITRE III.

Des agences et bureaux d'affaires,

SOMMAIRE.

1. Caractère des ageots d'offaires. — Leur utilité.
2. Leur danger. — Incompatibilité de ce *métier* avec lo *profession* d'avocat.
3. Il n'existe d'ugeots d'affaires que là où il existe une agence, une entreprise de gestiou d'affaires.
4. Les ogences d'affaires sont commerciales, même lorsqu'elles ont pour objet des offaires étrangéres au commerce. — Opinion conforme de Pardessus : dissentiment avec Loeré.
5. Espèces diverses consacrées par la jurisprudrnec.
6. Tontines. — Leur définition ; eitation du rapport au conseil d'État de d'Hauterive.

   Leur caractère commercial. — Arrêt de la cour de cassation.

   Elles ne peuvent exister qu'avec une autorisation donnée par ordonnanee royale. — Premier arrêt rendu en ce sens ; jurisprudence constante oujoord'hui.

   Les tontines ne seraient plus commerciales, si elles étaient odministrées par des délégués de l'administration poblique, ou fundées par soite de pensées philanthropiques.
7. Sociétés d'assorances terrestres. — *Mutuelles*, elles ne sont pos commerciales. Citation de Grun et Jolliot. — Jurisprudence et opinion des outeurs.
8. *A primes*, au contraire, elles sont commerciales. — Dalloz, qui était d'une opinion opposée, l'abandouna après un examen attentif; eitation de Gruo at Jolliot.
9. Sociétés de remplacement militaire. — Elles coostituent des ogences d'affaires et suot commerciales. — Jurisprudence.

   Ces associations ne soot-elles pas contraires à la morale publique ? — Cette question divise les tribunaox. — Indication des nombreux orrêts rendus dans les deux sens.

1. *Agents d'affaires*. — Dans les cités populeuses où siége le gouvernement central, où viennent aboutir tous les intérêts, où se développent de nombreux établissements de crédit, où s'élèvent de graves litiges, le concours d'intermédiaires actifs et intelligents est une nécessité. Les agents d'affaires guident le plaideur au début de son procès ; — poursuivent auprès des administrations le recouvrement de créances méconnues ; — négocient pour leurs clients des valeurs, dont le produit immédiat est utile ; — procurent des emplois à ceux qui les recherchent ; — perçoivent les arrérages des rentes sur l'État ou sur les particuliers ; — pénètrent même dans l'intérieur des familles, et mettent en rapport des personnes inconnues l'une à l'autre et qui désirent contracter un mariage ; — fournissent des placements pour les capitaux ; — gèrent les fortunes des grands propriétaires ; — dirigent les opérations des faillites ; — s'occupent de traduire en des langues diverses les documents qui leur sont remis ; — en un mot, les agents d'affaires donnent la direction à tous les intérêts, acceptent tous les mandats, et spéculent sur le salaire que mérite leur empressement à satisfaire à tous les besoins.

2. Mais si l'intervention des agents d'affaires est souvent utile, elle est parfois bien dangereuse. Certains d'entre eux, poussés par le besoin ou la cupidité, trahissent la confiance qui leur fut accordée, et font leurs affaires au détriment de celles de leur mandant. Celui-ci éteint ses dettes urgentes avec des fonds qui lui furent remis avec une destination spéciale ; — celui-là, chargé de procurer l'escompte de lettres de change, les met en circulation et en dissipe la valeur ; — celui-ci encore abuse de la crédulité de domestiques, leur parle de ses nombreux rapports, leur promet des places lucratives, leur extorque leurs dernières ressources, et les abandonne ensuite à leur misère quand il n'espère plus rien en tirer. — Quand de pareils

[1] Ord., 12 avril 1832 (S.-V., 32, 2, 563).
[2] Poitiers, 17 mars 1840 (S.-V., 41, 2, 37); — Rouen, 26 déc. 1840 (S.-V., 41, 2, 151); — cass., 20 nov. 1842 (S.-V., 43, 1, 85), — Merlin, *Quest. de dr.*, vº *Commerce (acte de)*; — Pardessus. nº 36.

écarts, qui frappent de déconsidérstion une industrie estimable en elle-même, se manifestent, la loi pénsle n'est pas désarmée ; ses articles 405 et 408, sévèrement appliqués par les tribunaux correctionnels, viennent réprimor ces coupables tentatives.

C'est à cause de ces abus, c'est pour maintenir intacte et pure la position des personnes, qui sont en quelque sorte dépositaires nécessaires des secrets et des titres des justiciables, que l'on a soigneusement distingué la *profession* d'avocat, du *métier* d'agent d'affaires, et qu'ainsi que le remarque Pardessus, tome Ier, n° 42, nn a cru devnir ranger ce dernier parmi les actes de commerce.

3. De même que des opérations isolées de manufactures, de commission, de transports, de fournitures, ne suffisent point pour attribuer la qualité de commerçant, de même s'occuper accidentellement de gestion d'affaires, exercer même souvent de semblables actes, ne remplirait pas les conditinns de la lni ; mais, au contraire, ouvrir un *bureau*, établir une *agence*, se livrer à une *entreprise de gestion d'affaires*, l'annoncer au public par des circnlaires ou par la voie de journaux, c'est s'assimiler aux cnmmerçants et accepter les obligations qui leur sont imposées.

4. Dans ses observatinns sur les art. 631 à 639, tome VIII, page 290, Locré s'exprime ainsi : « Il est entendu que ces entreprises d'agencea et » de bureaux d'affaires ne snnt de la compétence » commerciale que lorsqu'elles concernent des » affaires de commerce. »

Comme l'art. 632 ne distingue pas et répute commerciale « toute entreprise d'agences et » bureaux d'affaires », nous préférons l'npinion de Pardessus qui dit, n° 42 : « Quelles que soient » en elles-mêmes les affaires auxquelles se li» vrent ces agents, lors même qu'olles n'auraient » aucun caractère commercial, le fait de leur » entremise est réputé, à leur égard, industrie » commerciale » [1].

5. Les principes relatifs aux agents d'affaires ont amené les solutions suivantes :

1° Un agent d'affaires est réputé commerçant : s'il manque à ses obligations il est en état de faillite, et, s'il y a fraude, il est passible des peines portées contre les banqueroutiers frauduleux [2].

2° Par conséquent les billets souscrits par lui sont censés faits pour son agence, s'ils n'énoncent pas une autre cause, et le rendent justiciable des tribunaux de commerce et contraignable par corps [3].

3. On ne peut considérer comme agent d'affaires, dans le sens de l'art. 632 du Code de comm., celui dont les occupations habituelles cnnsistent seulement à représenter les parties, comme fondé de pouvoirs devant le juge de paix, et à donner des conseils pour la conduite de ces affaires, lorsque d'ailleurs il no tient ni bureau ni cabinet d'affaires [4].

4° La décision d'un tribunal qui, en interprétant les faits et les actes de la cause, a jugé qu'un chargé d'affaires avait géré comme agent d'affaires, et nnn comme *mandataire gratuit*, ne peut être qu'un mal jugé : ne cnnstituant pas une *erreur de droit*, elle ne peut offrir un mnyen de cassatinn [5].

5° Les art. 2272 et 2273 du Gode civil, qui établissent une prescriptinn d'un an ou de cinq ans pour salaires dus aux médecins, chirurgiens, avoués, ne sont pas applicables aux salaires dus aux agents d'affaires. Ces salaires ne se prescrivent que par trente ans [6].

6° Quand il s'agit de distribuer une somme provenant de liquidation par le gnuvernement, l'agent d'affaires qui a nbtenu la liquidation et fait le recouvrement, a-t-il un privilége... comme pnur conservatinn? (Résolu affirmativement, seulement par la cour de Rouen) [7].

7° L'actinn des agents d'affaires, formée *contre un négociant* pnur nbtenir le payement de ses déboursés et des honoraires qui lui furent promis, n'est pas de la compétence des tribunaux ordinaires [8].

6. *Tontines* [9]. — « Dans une tnntine, la somme des capitaux une fois déterminée, reste toujours la même : ils ne sont sujets à aucune chance, ni susceptibles d'aucune amélinration ; et l'industrie, le temps et la fortune ne peuvent rien changer à leur mesure.

« Une tontine ne présente ni produit, ni travail, ni concurrence ; c'est une simple conventinn par laquelle les sociétaires s'engagent à fournir, an détriment de leurs héritiers naturels, le partage de leur intérêt dans l'association, entre ceux de leurs coassociés qui sont destinés à leur survivre ; et ce partage est en même temps la seule opération des personnes qui sont chargées d'administrer l'associatinn. Il est difficile

[1] La qualité d'agent d'affaires ne rend pas, par cela seul, justiciable des tribunaux de commerce ; l'art. 632 du Code de commerce doit être entendu *pro subjecta materia*, et n'est applicable qu'à des entreprises d'agence ou à des bureaux d'affaires relatifs au commerce. (Brux., 8 nov. 1823 ; *J. de Br.*, 1824, 1, 287) ; Merlin, *Quest.*, tome Ier, p. 217. Mais *voy.* plus bas, n° 5, et Carré, *Lois de la compét.*, n° 516 ; Despréaux, n° 42. Merlin enseigne que l'agent d'affaires qui tient comme tel un bureau ouvert au public, et dont le prospectus porte que le bureau est général pour toute espèce d'affaires, est par cela seul réputé commerçant (*Répert.*, v° *Faillite*, sect. 2, § 2, art. 4, n° 2 ; cass., 18 nov. 1813.)

[2] Cass., 18 nov. 1813 (S.-V., 16, 1, 51). *Voy.* Orillard, nos 338 et suiv.

[3] Paris, 8 déc. 1814 (S.-V., 16, 2, 54).

[4] Amiens, 10 juin 1823 (S.-V., 26, 2, 245).

[5] Cass., 18 mars 1818 (S.-V., 18, 1, 234).

[6] Cass., 18 mars 1818 (S.-V., 18, 1, 234).

[7] Cass., 4 mai 1824 (S.-V., 25, 1, 58).

[8] Lim., 30 juill. 1839.

[9] Ce mot vient de l'Italien *Tonti*, qui, le premier, conçut la pensée de ces associations.

de comprendre comment l'existence de cette société pourrait être rapportée à la législation commerciale, qui a pour objet de soumettre l'industrie à des lois particulières, de favoriser ses accroissements, de déterminer ses droits, et de régler ses concurrents. » — (Rapport de d'Hauterive au conseil d'État, en nov. 1803.)

Si le passage que nous venons de transcrire permet de soutenir que ces associations ne doivent pas, comme être moral, être rangées au nombre des sociétés commerciales, cependant on peut aussi considérer comme agence d'affaires l'entreprise de ceux qui dirigent ou administrent les établissements connus sous ce nom de *tontines*. Il en est de même des *caisses d'épargne* et autres semblables dans lesquelles les intéressés placent des sommes qu'ils ont la chance de retirer, accrues par l'accumulation des intérêts [1].

Ces établissements ne peuvent légalement exister qu'autant qu'ils sont approuvés par l'autorité administrative, et ils sont compris sous le nom générique de tontines. — C'est ce que j'ai fait juger dans l'espèce suivante :

Une société dite la *Banque philanthropique*, et qui faisait des opérations de cette nature, se prétendait diffamée par la publication faite dans le jounal le *Moniteur du commerce*, d'un examen de ses statuts. Elle assigna devant le tribunal de police correctionnelle le journal et le sieur Bournault, auteur de l'article incriminé. — Avant d'entrer dans les débats du fond du procès, je soulevai une fin de non-recevoir tirée de ce que la Banque philanthropique était une véritable tontine; qu'à ce titre, et en vertu de la loi de 1790 et de l'avis du conseil d'État des 1er et 25 mars 1809, elle n'aurait eu d'existence légale que si elle eût obtenu l'autorisation du gouvernement; que cette autorisation ayant été refusée, elle ne pouvait rester en justice et être admise par les tribunaux comme un être moral. Un jugement du 22 octobre 1835 accueillit le système et déclara l'administration de la Banque sans qualité pour la représenter en justice. Sur l'appel, la cour royale de Paris, par son arrêt du 12 décembre 1835, confirma la sentence des premiers juges. — Depuis lors, ce point de jurisprudence est devenu constant.

Les tontines autorisées ne seraient point, même pour les administrateurs, des associations commerciales, si au lieu d'être abandonnées à la spéculation privée, elles étaient régies par une administration publique, désignée par le gouvernement. — Il en serait de même si les gérants des sociétés, sans être désignés par l'autorité administrative, étaient les délégués gratuits de réunions philanthropiques : il serait souverainement injuste d'assujettir à la rigueur des lois commerciales ceux qui, sous l'espoir d'obtenir un bénéfice, se dévouent à l'administration des épargnes du pauvre.

Sociétés d'assurances terrestres. — La France s'est laissé devancer par l'Angleterre et par la Hollande dans l'application du système des assurances. — Cependant les négociants et les particuliers, éclairés par de nombreux sinistres sur leurs véritables intérêts, ont bientôt compris qu'il fallait laisser de côté une funeste confiance, et que c'était chose éminemment utile que de pouvoir échapper à une ruine complète au moyen d'un petit sacrifice. — Aussi dès ce moment le système des assurances a pris un développement immense et qui tend chaque jour à s'accroître.

Nous ne devons point nous occuper ici des assurances maritimes auxquelles l'art. 633, que nous n'examinons pas ici, est spécialement consacré ; mais les assurances terrestres, contre l'incendie par exemple, sont-elles commerciales [2]?

Il faut faire une distinction : il existe des assurances *mutuelles* et des assurances *à primes* ; voyons séparément les principes applicables à chacune d'elles.

Dans les compagnies d'assurances *mutuelles*, l'association consiste dans la garantie que les actionnaires se donnent entre eux que, si une perte est supportée par l'un d'eux, elle sera immédiatement partagée par tous, chacun payant sa quote-part, suivant l'importance de son intérêt. — Là, point de tiers avec lesquels on ait à compter ; point de bénéfices possibles, partant point de spéculation commerciale. C'est ce qui est démontré à merveille par Grun et Joliat, dans leur *Traité des assurances terrestres*, n° 345, page 393 : « Bien que les compagnies d'assurances mutuelles aient la forme d'une société commerciale, cependant elles ne sont pas justiciables du tribunal de commerce. Elles n'ont de commercial que la forme. En réalité, elles ne se livrent à aucune opération ou acte de commerce, puisqu'elles ne stipulent point

---

[1] Cass., 15 déc. 1824 (S.-V., 25, 1, 205). — Pardessus, n° 44.

[2] On ne peut assimiler au contrat d'assurances maritimes déclaré commercial par le Code de commerce, le contrat d'assurances terrestres, ni soumettre par suite les contestations y relatives aux tribunaux consulaires; peu importe que la société ait pris le titre de compagnie commerciale. (Liége, 4 juill. 1840; *J. de Br.*, 1841, 316. — Jurisprudence constante à la cour de Bruxelles.) *Voy.* Brux., 2 et 6 déc. 1837, 1er déc. 1838 et dans ce sens, Dalloz, v° *comm.* (*acte de*), tome IV, page 379 et tome XVIII, page 26; Carré, *Lois de la compét.*, n° 501, tome IV, page 416, édit. de Brux. Mais voy. *ibid.*, tome VI, page 130, Grun et Joliat, page 384 et Orillard, *de la compét. des trib. de comm.*, n° 472; Rioche, v° *Acte de comm.*, n° 111; Malpeyre, *Soc. comm.*, pag. 7.

Il est indifférent que la société comprenne dans ses opérations les assurances maritimes (Brux., 29 mai 1840; *J. de Br.*, 1840, 402 et 406).

Les compagnies d'assurances terrestres ne ressortissent qu'aux tribunaux ordinaires, même quand elles ont pour objet des usines, des mécaniques ou des marchandises.

Elles ne peuvent être comprises parmi les entreprises d'agence dont parle l'art. 632.

Une société anonyme en commandite ou en nom collectif n'est commerciale que pour autant qu'elle ait pour objet l'exercice d'actes de commerce. (Brux., 2 déc. 1837).

avec des tiers, qu'elles n'assurent que les choses appartenant aux membres de l'association, et que ce n'est pas en vue de réaliser des bénéfices qu'elles opèrent, mais seulement pour éviter une perte à celui des associés sur lequel le sinistre est tombé.

C'est aussi ce qu'ont décidé plusieurs arrêts [1].

8. Quant aux sociétés *à primes*, une solution différente doit être accueillie [2]. Cependant, Arm. Dalloz, vº *Acte de comm.*, page 380, avait manifesté l'opinion que ces compagnies devaient être réputées purement civiles. Appliquant avec rigueur la maxime *qui dicit de uno, negat de altero*, il avait puisé son argument dans l'article 633 : par cette disposition, la loi commerciale déclarant entreprises de commerce les assurances maritimes, lui paraissait avoir dénié aux sociétés d'assurances terrestres le même caractère.—Carré, *Lois de la compétence*, art. 385, note 5, s'était rangé à cet avis.

Cependant il n'a pu prévaloir. Le silence de la loi n'est pas une exclusion formelle : lorsque les motifs qui ont déterminé l'adoption d'un principe se rencontrent dans une espèce analogue, il est bien difficile de ne pas lui faire une application de la règle précédemment posée. Si l'art. 633 ne comprend que les assurances maritimes, c'est qu'il était spécialement destiné à régir l'ensemble des opérations du commerce maritime, et sous ce point de vue son silence est naturellement expliqué.

D'un autre côté, il faut considérer que les compagnies d'assurances établissent un grand nombre d'agents qui font, comme mandataires, partie de l'association, qui se répandent dans les villes, dans les campagnes, et qui, en vérité, transforment ces compagnies en des agences d'affaires.

Du reste, Dalloz, après avoir de nouveau et sérieusement examiné la question, a modifié son opinion première. Voici comment Grün page 395, nous fait connaître cette conversion : « Nous avons de nouveau soumis la question à » Dalloz, et ce jurisconsulte nous a autorisés, » avec une franchise qui l'honore, et une bien- » veillance dont l'un de nous a reçu de nom- » breux témoignages, à déclarer qu'il abandon- » nait son premier avis, et considérait les » sociétés d'assurances terrestres comme des » sociétés commerciales. »

Cette doctrine est confirmée par l'usage ; et si les décisions des tribunaux ne sont pas très-nombreuses, c'est parce que ces compagnies ont pour habitude de compromettre et de stipuler par avance un arbitrage en cas de difficultés. — Voici, au surplus, cinq arrêts rendus dans ce sens [3].

9. *Remplacements militaires.* — Les individus qui se chargent de faire remplacer au service militaire les personnes désignées par leur numéro pour faire partie de l'armée, établissent de véritables agences d'affaires, et leurs opérations sont, par conséquent, commerciales. — Cette solution, qui ne nous paraît par sujette à controverse, a été consacrée [4].

10. Mais ces agences ont donné naissance à de graves questions. Ces marchés, dans lesquels une spéculation s'établit sur le citoyen lui-même, ne sont-ils pas contraires à la morale? Chaque citoyen devant payer de sa personne et concourir à la défense du pays, n'est-ce pas un contrat illicite que celui qui permet au riche d'échapper à cette dette en achetant les services du pauvre? Ces conventions n'ont-elles pas pour résultat de jeter dans l'armée des germes de discorde et de déconsidération?

Dans leur *Tr. sur les soc. comm.*, Malpeyre et Jourdain s'expriment ainsi : « Les sociétés non » autorisées par le gouvernement, et ayant pour » objet de fournir des remplaçants aux jeunes gens » appelés par la loi au service militaire, sont il- » licites, parce qu'on les considère à juste titre » comme des spéculations immorales, en ce » qu'elles se rattachent au commerce d'hommes, » et qu'elles peuvent porter atteinte à la consi- » dération et à la composition des armées. »

Le plan de cet ouvrage ne saurait nous permettre de trancher cette difficulté : nous devons seulement nous borner à dire qu'elle partage les tribunaux. Dans l'origine, la jurisprudence semblait pencher à prononcer la nullité de ces associations ; mais les arrêts les plus récents semblent faire retour vers l'opinion contraire. Peut-être a-t-on pensé qu'il était de l'intérêt des familles de maintenir un usage qui, s'il présente des abus, offre certains avantages. Peut-être aussi a-t-on cru qu'il valait mieux recevoir sous les drapeaux des soldats auxquels la carrière des armes convenait que d'y maintenir de force, en quelque sorte, ceux que leurs penchants en éloignaient. — Quoi qu'il en soit, voici sur cette question les nombreux monuments de la jurisprudence [5].

[1] Rouen, 9 oct. 1820 (S.-V., 22, 2, 225); — Dalloz, 4, 380; Douai, 4 déc. 1820 (S.-V., 21, 2, 250);—cass., 15 juill. 1829 (S.-V., 29, 1, 315); — Malpeyre, *des Soc. comm*, page 7;—Alauzet, nº 576.

[2] Une assurance à prime contre incendie a pour objet une opération commerciale; le tribunal de commerce est compétent pour connaître de la demande faite par un assuré à fin de payement d'un bâtiment incendié. (Liége, 7 août 1834).

[3] Rouen, 24 mai 1825; — Paris, 23 juin 1825 (S.-V, 28, 2, 252);—cass., 8 avril 1828 (S.-V., 29, 1, 28);—cass., 1er avril 1830 (S.-V., 30, 1, 380);—Colmar, 25 fév. 1839. *Voy.* Orillard, nº 472). E. Vincens, tome 1er, page 348;—Pardessus, nº 588;—Quénault, *Traité des assur. terr.*, page 314; — Alauzel, nº 328. —Malpeyre, page 8, est de cet avis.

[4] Gren., 19 juill. 1830 (S.-V., 31, 2, 89; — Rennes, 26 avril 1841 (S.-V., 41, 2, 554).

Un agent de remplacements militaires est commerçant; il peut être traduit devant les tribunaux de commerce en payement de titres de créance créés par lui par suite et à raison d'opérations relatives à son agence. (Brux., 19 mai 1811, 3 juill. 1844, et 18 juill. 1845, 1re cah. Mais *voy.* Brux., 8 juin 1844).

[5] Ont déclaré nuls comme illicites, contraires aux lois

CHAPITRE IV.

Des établissements de ventes à l'encan.

SOMMAIRE.

1. Commercialité des établissements de ventes à l'encan : leur affinité avec le courtage.
2. Définition des ventes à l'encan. — Ventes aux *enchères*, au *rabais*.
3. Espèces consacrées par la jurisprudence.

1. Les entreprises de ventes à l'encan devaient être rangées dans la classe des entreprises commerciales. Ceux qui exploitent de semblables établissements font un véritable courtage : ils constituent un centre de dépôt et de débit de marchandises, et leurs rapports fréquents avec le commerce, appelaient pour eux et contre eux l'application des lois et juridiction commerciales.

2. Les ventes à *l'encan* sont les ventes de marchandises qui ont lieu en présence d'un concours d'acheteurs, appelés par des affiches, circulaires ou autres moyens du publicité, et dans lesquelles l'objet mis en vente et adjugé, séance tenante, à celui qui en offre le prix le plus élevé.

Ces ventes s'établissent aux enchères ou au rabais. — Dans les ventes *aux enchères*, une mise à prix ordinairement assez modique, est proposée, et les personnes présentes sont appelées à *enchérir* sur cette mise à prix. L'objet est adjugé à celui dont l'enchère n'est pas couverte par une offre supérieure. — Dans les ventes *au rabais*, au contraire, on commence par déterminer une mise à prix assez élevée, et l'adjudication est prononcée en faveur de celui qui, le premier, consent à payer le prix indiqué, sans y faire subir la moindre diminution. S'il ne se présente aucun amateur, au taux primitivement proposé, le vendeur opère une réduction, puis une seconde si elle devient nécessaire, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'ayant atteint le prix le plus bas auquel il veut vendre, il retire la chose mise en vente pour l'y remettre plus tard en présence d'autres amateurs.

Les ventes au rabais, pour lesquelles le concours d'aucun officier public n'est exigé, se font sans les garanties particulières aux ventes aux enchères; elles peuvent être entreprises soit par des colporteurs, soit par des détenteurs de fonds de magasins composés d'objets vieillis ou avariés, et sont quelquefois, pour le commerce sédentaire et pour les acheteurs ou consommateurs eux-mêmes, l'occasion de préjudices notables; cependant, dans l'état actuel de la législation, aucune loi ne prohibant ces sortes de ventes, il faut reconnaître qu'elles ne présentent rien d'illicite ou d'illégal.

Quant aux ventes aux enchères, elles doivent être faites par le ministère d'un officier public. (Arr. du 27 nivôse an V ; loi du 29 nivôse an IX, art. 2.) Les officiers appelés à faire ces ventes sont, d'une part, les commissaires-priseurs, et, dans les lieux où il n'y a pas de commissaires-priseurs, les huissiers et greffiers ; d'autre part, les courtiers.

Jurisprudence. — 1° Il n'est pas permis à un particulier de vendre ou de faire vendre aux enchères, ensuite d'affiches ou publications, soit les meubles, soit les immeubles [2].

2° Cependant aucune peine n'est applicable au propriétaire d'effets mobiliers qui, dans la vente publique aux enchères de ses effets, les a mis en vente, a crié et reçu les enchères... lorsque d'ailleurs un commissaire-priseur présent à la vente a adjugé les effets et dressé

et à l'ordre public, les engagements contractés envers une société de remplacements militaires. Cass., 12 déc. 1810 (S.-V., 11, 1, 53); — Nancy, 9 janv. 1826 (S.-V., 26, 2, 151); — Cass., 11 avril 1827 (S.-V., 27, 1, 431); — Montp., 27 mai 1830 (S.-V., 30, 2, 237); — Rouen, 3 avril 1829 (S.-V., 31, 2, 131); — Bordeaux, 23 nov. 1831 (S.-V., 32, 2, 304); — Cass., 5 mars 1833 (S.-V., 33, 1, 260).

Ont au contraire maintenu ces engagements : Cass., 4 janv. 1825 (S.-V., 25, 1, 249); — Bordeaux, 28 juill. 1828 (S.-V., 29, 2, 46); — Amiens, 30 mai 1832 (S.-V., 33, 2, 765); — Bourges, 12 mars 1833 (S.-V., 33, 2, 633); — Paris, 5 août 1834 (S.-V., 34, 2, 463); — Paris, 3 déc. 1834 (S.-V., 35, 2, 103); — Grenoble, 21 janv. 1835 (S.-V., 35, 2, 310); — Cass., 13 janv. 1841 (S.-V., 41, 1, 401); — Rennes, 26 avril 1841 (S.-V., 41, 2, 554).

[2] Déc. minist., 2 oct. 1811.

procès-verbal ; ce n'est point, de la part du propriétaire, s'être immiscé dans la vente, contrairement à l'art. 2 de la loi du 27 ventôse an IX [1].

3° Les commerçants d'une ville ont-ils individuellement qualité pour s'opposer aux ventes qui ne seraient pas faites sous les conditions prescrites, et pour procéder en justice sur les contestations qui s'élèvent à cet égard? (*Arg. affirm.*) [2].

4° Le négociant qui a fait procéder à une nouvelle vente à l'encan de marchandises, sans l'observation des formalités voulues, peut être condamné à des dommages-intérêts envers les autres négociants de la même ville [3].

CHAPITRE V.

Des entreprises de spectacles publics.

SOMMAIRE.

1. Ancienne organisation des théâtres : elle n'avait rien de commercial. Les rédacteurs du projet de Code ne rangent pas les entreprises de spectacles publics parmi les actes de commerce. Observations de la cour d'appel de Paris, qui motivent la rédaction actuelle de l'art. 632, § 3.

Cependant, dans les départements, il est certains directeurs de spectacles qui exercent leur art et ne font pas des actes de commerce.

L'entrepreneur d'ascensions de ballon est commerçant. — Arrêt de la cour de Paris.

2. Il ne faut pas s'en tenir rigoureusement au mot *spectacles* : les autres espèces de divertissements offerts au public seraient des opérations commerciales.

3. Les acteurs font-ils, en signant leurs engagements, des actes de commerce?—Solution négative.—Opinions de E. Vincens et Pardessus. — Ces acteurs, dans ce cas, sont-ils justiciables de la juridiction consulaire?—Solution affirmative.

Sont-ils contraignables par corps?— Solution négative.—Réfutation de certains arrêts contraires.

4. Les actions diverses des acteurs contre les directeurs de spectacles publics sont de la compétence commerciale.

5. Les engagements d'un directeur de spectacles envers un architecte chargé de la construction d'un théâtre sont commerciaux.—Arrêt de la cour de Paris.

6. L'administration publique qui, pour conserver les traditions de l'art ou pour la splendeur de la cité, ouvrirait une entreprise théâtrale, ne ferait point une opération de commerce.

1. Anciennement, les théâtres n'étaient point organisés comme ils le sont aujourd'hui. Des artistes, afin de gagner leur vie, se réunissaient et exerçaient en commun leur profession : le produit de leurs représentations formait une masse qu'ils partageaient équitablement suivant les mérites de chacun.

Plus tard, et pour mettre un frein aux prétentions de chaque membre de l'association un directeur, choisi par les intéressés et parmi eux, fut chargé d'administrer les intérêts de la communauté ; ce directeur n'agissait point dans un but de spéculation personnelle ; il ne faisait point ses affaires ; il faisait celles de tous : le premier parmi ses égaux, il joignait à son titre de chef l'emploi d'acteur et souvent celui d'auteur.

C'est pour cela que, sous l'ancienne législation, l'exploitation des théâtres était considérée comme l'exercice d'une profession plutôt que comme une opération commerciale. Préoccupés de cet ancien état de choses, les rédacteurs du projet de Code de commerce, avaient maintenu les entrepreneurs de spectacles publics dans la position exceptionnelle qu'ils avaient jusque-là occupée; mais la cour d'appel de Paris, dans ses observations sur ce projet de Code, signala les changements qui s'étaient opérés : « On » avait cru précédemment, dit-elle, devoir » excepter les entrepreneurs de spectacles de la » classe des négociants; et c'était la jurisprudence des tribunaux avant la révolution. Elle » pouvait avoir un fondement lorsque les auteurs étaient en même temps comédiens et » entrepreneurs de leur propre théâtre. Que » Molière, par exemple, après avoir composé » une pièce, la récitât devant une assemblée » choisie, ou que, voulant réunir un plus grand » nombre de spectateurs, il s'associât à une

[1] Bourges, 7 janv. 1830 (S.-V., 30, 2, 350).
[2] Cass., 12 juill. 1836 (S.-V., 36, 1, 658).
[3] Cass., 24 août 1836 (S.-V., 37, 1, 350).—Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Ventes publiques*, pages 692 et suiv.

» troupe, distribuât les rôles, jeignît à la déclamation les costumes et l'appareil d'un » spectacle, le résultat, au fond, était le même; » c'était toujours Molière, ou l'homme de génie, » faisant part au public de ses productions, » vendant, si l'on veut les fruits de son propre » sol; et, à ce titre, il ne pouvait être considéré » comme marchand. — Mais depuis que des » individus, mettant à profit pour leur propre » compte les travaux d'autrui, se sont érigés » en entrepreneurs de théâtre; depuis surtout » que les théâtres se sont si étrangement multipliés et sont devenus des objets de spéculation, qui occupent plus d'ouvriers, appellent » plus de fournisseurs, exigent plus de capitaux » que beaucoup d'entreprises de commerce très-» importantes; de ce mument les idées ent dû » changer, et elles ont changé en effet. » (*Observations des tribunaux*, tome Ier, page 414; Locré, tome VIII, page 290 et 291).

Ces réflexions contribuèrent puissamment à la rédaction de l'art. 632, qui place au premier rang des actes de commerce les entreprises de spectacles publics.

Ces motifs, qui étaient justes au commencement du XIXe siècle, ont acquis de nos jours un nouveau caractère de gravité. — Le nombre des théâtres s'est encore accru : les directeurs de ces entreprises sont étrangers à leur exploitation artistique; pour eux il s'agit, au moyen d'une exploitation toute matérielle et du louage de l'industrie de nombreux subordonnés, d'obtenir un bénéfice. Ils appellent à eux des capitaux importants, par la création de sociétés commerciales par actions. La pompe des décorations les oblige plus que jamais à recourir aux services de nombreux fournisseurs; et si, en 1807, on ne leur avait pas imprimé la qualité de commerçant, il faudrait la leur attribuer aujourd'hui.

Cependant, il existe certaines villes des départements où l'organisation des théâtres repose sur l'ancien système : là, le directeur est encore un artiste, qui participe aux travaux de la troupe, qui paye de sa personne et de son talent, qui n'est que le chef d'une association, et qui dès lors exploite une profession libérale. Pour ces théâtres, peut-être, il faudrait faire une exception et revenir à l'ancienne jurisprudence.

Au surplus, le but que se propose un directeur de spectacles, les résultats qu'il poursuit, les moyens d'action dunt il s'entoure, sont autant de circonstances que doivent consulter les tribunaux, lesquels, sur ces questions de fait, exercent un pouvoir souverain.

Ainsi, tenons pour constant qu'il faut réputer commerçant l'individu faisant profession habituelle d'ouvrir des spectacles publics, et de s'aider du concours de personnes dont, moyennant salaire, il loue les services; disons au contraire que l'artiste qui déploie devant des spectateurs les seules ressources de son talent, ne fait point des actes de commerce.

La cour royale de Paris a rendu hommage à ce double principe, lorsqu'elle a déclaré commerçant celui qui avait pour habitude d'offrir au public le spectacle d'ascensions en ballon par des individus à ses gages.

Il ne faut pas s'en tenir rigoureusement au mot *spectacles*; des établissements de lieux de danse et autres espèces de divertissements offerts au public seraient également considérés comme des opérations commerciales [1].

3. ***Quelle est, dans ces entreprises de spectacles publics, la position des acteurs? Par les contrats qu'ils signent, font-ils un acte de commerce? Sont-ils justiciables des tribunaux de commerce, et contraignables par corps, pour tout ce qui concerne l'exécution de leurs engagements?***

Dans le but de réaliser un bénéfice, les entrepreneurs de théâtres achètent ou louent à des marchands les choses matérielles nécessaires à leur industrie. Ils fournissent leur répertoire de pièces de théâtre et de partitions; ils remplissent leurs magasins de costumes et de décors; en outre ils réunissent une troupe, ils louent les services d'individus appelés *acteurs*, dont ils offrent les talents au public, et auxquels ils payent des appointements déterminés. Puis ils louent au jour le jour, ou par abonnement, aux spectateurs, les loges, les places que renferme leur théâtre. — Voilà, quant à eux, ce qui constitue l'opération commerciale.

Mais les acteurs qui engagent leurs services dans ces entreprises font ce que font les ouvriers dans les manufactures; ils exercent leur profession, et ne se livrent point à des actes de commerce. Lorsqu'ils achètent les costumes qui leur sont nécessaires, ils font toujours ce que font également les ouvriers : ils se mettent en mesure d'utiliser les talents qu'ils ont acquis par de longues et pénibles études. En cela ils ne font pas davantage des opérations commerciales. C'est une remarque que font Pardessus, nos 19 et 46, et E. Vincens, tome II, page 135.

C'est aussi ce qu'a décidé un arrêt de la cour de Paris, du 28 novembre 1834 (S.-V. 35, 2, 12, qui a restitué une actrice mineure contre les engagements par elle contractés.

Sous ce point de vue, les acteurs, n'étant ni commerçants, ni engagés pour cause commerciale, ne sont point justiciables de la juridiction consulaire.

Néanmoins, sous un autre rapport, cette juridiction peut, dans certains cas, être valablement saisie.— L'art. 634 du Code de comm. dispose : « Les tribunaux de commerce connaîtront éga-

[1] Carré, *Lois de l'organ. jud.*, art. 387, § 7, t. IV. p. 453. — Despréaux, no 400; — Orillard, no 347; — Devill., *Dict. du content. comm.*, vo *Acte de comm.*, no 106, page 13 : — Pardessus, no 46.

» lement des actions contre les facteurs, commis » des marchands ou leurs serviteurs, pour le » fait seulement du trafic du marchand auquel » ils sont attachés. » Les acteurs, concourant à l'exploitation de l'entreprise commerciale, étant les employés, les subordonnés de l'entrepreneur, sont considérés comme compris dans ces expressions génériques de facteurs ou commis des marchands; en conséquence, lorsqu'ils ont à répondre devant les juges de l'inexécution des conventions par eux passées avec leur directeur, ils peuvent être valablement traduits devant les juges de commerce. Cette règle a deux fois été appliquée par la cour de Paris, d'abord par son arrêt du 31 mai 1808, ensuite par son arrêt du 11 juillet 1825 (S.-V., 8,2,256; S-V.,26, 2, 96. *Voy.* Orillard, n° 350). — Elle a été aussi admise par l'arrêt de la cour d'Amiens du 7 mai 1839.

En ce point, ces décisions nous paraissent à l'abri de toute critique ; mais elles ont été plus loin : accueillant la jurisprudence constante des tribunaux de commerce, elles ont prononcé contre les acteurs la contrainte par corps. — Ici nous croyons que les principes les plus importants ont été méconnus.

La contrainte par corps est une voie d'exécution qui s'attache, comme sanction, aux obligations consenties par des commerçants, ou pour cause commerciale. La loi de germinal an VI le déclarait d'une manière aussi précise que la loi d'avril 1832. Voilà les seuls cas où la contrainte doit être prononcée. A côté de ces dispositions de la loi, se place celle de l'art. 2063, qui, considérant cette voie d'exécution comme l'extrême limite, défend aux juges, sous des peines personnelles, de la prononcer hors les cas déterminés.

Or nous venons de le dire, et cela n'est contesté par personne, et ce principe même, admis par la doctrine, a été proclamé par la jurisprudence des cours, les acteurs ne sont point des commerçants : ils ne font point acte de commerce en exerçant une profession libérale : dès lors, ils ne peuvent être réputés contraignables par corps.

Cependant, il est une hypothèse dans laquelle, même en matière civile, la contrainte par corps peut être prononcée : c'est lorsqu'il s'agit de dommages-intérêts, pour une somme de 300 fr. au moins. Dans ce cas, l'art. 126 du Code de procédure civile laisse à la prudence du juge, qui doit user de cette faculté avec une grande réserve, le droit de l'accorder ou de la refuser. Si donc on demandait contre l'acteur non une condamnation directe d'une somme par lui due, mais des dommages-intérêts pour le préjudice causé par son refus d'accomplir ses devoirs, il pourrait, comme tous autres, être soumis à la contrainte. Si c'est à ce titre que dans les espèces par nous citées, elle a été admise, les tribunaux n'ont point violé la loi ; mais si au contraire ils avaient considéré l'acteur comme contraignable de droit, par cela seul qu'il est justiciable de la juridiction consulaire, nous ne saurions trop vivement nous élever contre cette atteinte portée à la liberté individuelle.

4. Maintenant, si le directeur d'un théâtre manque à ses engagements envers les acteurs, ou envers les autres personnes attachées à son établissement ; s'il ne leur donne pas les rôles promis, s'il ne leur permet pas de jouer le nombre de fois convenu, s'il ne leur paye pas le salaire stipulé, devant qui et comment ceux-ci pourront-ils obtenir le redressement de leurs griefs ?

Ici aucune difficulté ne saurait s'élever : l'entrepreneur de spectacles publics est commerçant : il est traduit en justice pour des obligations contractées pour raison de son commerce, par conséquent la juridiction consulaire est compétente à son égard, et doit attacher la contrainte par corps à l'exécution des condamnations qu'il prononcera contre lui. — Voir au surplus au livre III, chap. 2, deuxième section, nos observations sur l'action contre les commis, facteurs, ou serviteurs des marchands.

5. Un arrêt de la cour de Paris, du 10 juillet 1837, a jugé que les engagements souscrits par un directeur envers un architecte pour la construction d'un théâtre, sur lequel il se propose de donner des représentations publiques, étaient des engagements commerciaux.

Quoique les opérations faites sur les immeubles ne soient point, en général, des opérations commerciales, ainsi que nous l'avons expliqué dans ce livre, au chap. 1er, 1re sect., § 2, n° 2, nous sommes disposé pourtant à nous ranger à la doctrine de cet arrêt, parce que la construction du théâtre peut être considérée comme le premier acte de l'entreprise de spectacles publics, spécialement réputée acte de commerce par l'art. 632.

6. Nous avons exposé, n° 26, que les achats de denrées et marchandises, que les entreprises faites par l'administration et par les communes, ne sauraient constituer des actes de commerce, par cette raison que ces administrations n'agissent pas dans un but mercantile, et qu'elles ont en vue l'intérêt de l'État. Il en serait de même si, pour conserver intactes les traditions de l'art, pour ajouter à la splendeur de la cité, le gouvernement ouvrait une entreprise théâtrale.

CHAPITRE VI.

DES OPÉRATIONS DE CHANGE ET DE BANQUE.

PREMIÈRE SECTION.

Des opérations de change.

SOMMAIRE.

1. Définition du mot *change*, dans sa généralité et dans sa spécialité.
2. Les docteurs distinguaient autrefois quatre espèces de change : 1° le change menu ou manuel ; 2° le change particulier à la ville de Lyon ; 3° le change sec, feint, adultérin ou impur ; 4° le change local.

Définition et origine de ces diverses espèces de change.

3 à 8. Examen du change d'une monnaie contre une autre monnaie.

9. Notions générales sur le change local, qui a pour agent les lettres de change et effets de commerce.

« Change et vent
changent souvent. »
(Savary, *Dictionnaire universel du commerce*,
v° *Change*, p. 198).

1. Le mot *change*, dans sa généralité, s'applique toutes les fois que l'on abandonne un objet pour en prendre un autre. Employé dans le langage du droit et du commerce, il a deux acceptions différentes : on le prend pour le gain qui se fait lorsque le contrat de change intervient ; il signifie encore l'opération elle-même.

2. Les docteurs distinguaient autrefois quatre espèces de change :

1° Le change *menu* ou *manuel* (*minutum seu manuale*).

Ceux qui portent au plus haut l'origine du change, prétendent que c'est le change le plus ancien. Suivant eux, les Grecs avaient des αργυροπραται, c'est-à-dire des *changeurs d'argent*, nommés τραπεζιται, de la table ou comptoir, (τραπεζα). De leur côté, les Romains se livraient aussi à ce commerce et appelaient *collybistæ* ceux qui le pratiquaient.

C'était l'échange d'une monnaie contre une autre monnaie.

C'est ce change que font aujourd'hui les *changeurs* [1].

Ce change était vu avec défaveur par les empereurs romains. Les anciennes monnaies étaient recherchées avec tant d'avidité, que la circulation des monnaies du jour en souffrait beaucoup, et que les ouvriers monétaires étaient réduits à la détresse. Il n'en saurait être de même aujourd'hui ; car on sait que les monnaies ne durent guère au delà de quelques règnes ; qu'après un certain temps elles sont fondues et frappées à l'effigie du prince régnant, et que dès lors l'attrait de leur antiquité n'existe pas.

2° Le change particulier à la place de Lyon, appelé ainsi par Dumoulin.

Ce change, seulement toléré entre les marchands *trafiquant ès foires de Lyon*, était un intérêt de deniers que l'on percevait dans cette ville d'une foire à la foire suivante [2]. Le taux de l'intérêt était de dix livres pour cent par an, ou de deux et demi pour cent par foire, il était

[1] « Il y a un manuscrit dans la bibliothèque de M. Colbert, qui appelle ce change *royal*. » (Jean Toubeau, tome II, chap. II, page 148.)

[2] On sait qu'aux six foires célèbres de Champagne et de Brie furent substituées quatre foires, dont le siége fut transféré à Lyon, comme le lieu le plus central et le plus commode.

toléré quoiqu'à ce taux élevé, parce que, suivant les docteurs, *secundum usum bonæ mercantiæ, tale lucrum potest afferri ex mercantia.*

Toutefois l'intérêt de l'intérêt vint accroître le change perçu dans une proportion telle qu'il dégénéra en usure insupportable. Ainsi, d'après le calcul fait par Mareschal, pages 20 et 21, mille livres donnaient au bout de quatorze ans trois mille livres de bénéfices.

« C'est pourquoi, dit-il, page 22, cette espèce » de change fut expressément défendue par or- » donnance de Philippe IV, *dict le Bel*, de 1311, » art. 9, qui se trouve au viel styl du parlement, » et en la chambre des comptes ès-vieux livres » cottés A, fut défendue à toutes personnes fors » aux marchands trafiquant ès foires de Lyon, » lesquels, à cause de leur continuel trafic en » icelles, sont qualifiés marchands fréquentant » les foires de Lyon.

» Et, par contravention à telle défense, le » contrevenant encourt peine de corps et de » biens, soit agricole ou forein, et les notaires » sollicitans (ainsi porte l'ordonnance) et re- » cevans telles promesses encourront peine de » faux; ce qui doit s'entendre aussi des fores- » tiers, qui sont les solliciteurs ordinaires de » tel trafic de deniers, quand leur sollicitation » et entremise est pour et entres autres personnes » que marchands fréquentant lesdites foires. »

3° Le change *sec*, *feint*, *adultérin* ou *impur*. Voici l'origine de cette troisième espèce de change, son but et ses dangers.

Au commencement du XV[e] siècle, les papes ayant de grands besoins d'argent, et faisant d'infructueux appels à la charité et au dévouement des fidèles, imaginèrent un contrat auquel on donna le nom de contrat de constitution de rente.

Le pape Martin V, lequel n'entra au siége qu'en 1417, fut l'auteur de la première constitution dite *extravagante*, et le pape Calixte III fut l'auteur de la seconde, publiée en mai 1455.

Dans cette convention, un individu prêtait un capital qu'il n'aliénait pas, et pour lequel on lui payait un certain droit ou intérêt. Cependant le créancier était à la merci du débiteur, celui-ci ayant toujours le droit de racheter la rente et ne pouvant y être contraint. C'est pourquoi, dans le but de faire tomber en désuétude un contrat qui faisait courir au prêteur les plus grands risques, un édit royal porté au commencement du XVII[e] siècle, réduisit le taux de l'intérêt qu'il fut permis de prendre. Alors, les bénéfices n'étant plus en rapport avec les chances de pertes, la constitution de rente fut délaissée, et à sa place parut le change dont il est ici question.

Voici comment en parle Mareschal, page 27 :

« La troisième espèce de change qu'on peut » nommer, après les casuistes, *cambium siccum* » (*nescio qua ratione*), puisque par icelui autant » qu'autres, on tire la substance, c'est-à-dire » l'argent et moyens des personnes qui en souf- » frent sur eux patiemment l'usage, mais nous » l'appellerons *adultérin*, parce qu'il ne peut » être advoüé légitime ni lycite entre marchands » moins entre autres personnes, et que mes- » sieurs les gens du roi du parlement ont qua- » lifié en pleine audience, usure abominable et » infâme, pratiquée au pied du palais, au pré- » judice même des finances du roi; ce sont » leurs propres paroles : ce change est encore » pire que le second.

» Aussi a-t-il pris naissance de Pluton à » Proserpine, à l'yssue des guerres de la Ligue, » n'estant paru ni usité que depuis icelles. Mais » son progrès est principalement depuis l'édit » du 10 juillet 1601, vérifié en parlement le 18 » février 1602, de la réduction des rentes du » denier douze au denier seize. »

Disons maintenant en quoi consistait le change adultérin.

Il était autrefois des individus qui prenaient le nom de *couretiers de change*, et que l'on peut assimiler à nos courtiers de commerce [1]. Les courtiers allaient s'enquérant des personnes qui avaient des deniers à placer, et leur proposaient de prêter une certaine somme, remboursable à une époque fixe et productive d'un énorme intérêt. Leur droiture et leur habileté consistaient à ne faire prêter qu'à des débiteurs de bonne foi; car on va voir, par la nature de l'opération, que le sort du prêteur était dans les mains de l'emprunteur. Le courtier fournissait la promesse de quelque notable marchand, partisan [2] ou autre; mais le nom de créancier était connu de lui seul; la place de ce nom *restait et devait rester en blanc.* En effet, comme l'on prêtait à un intérêt excessif, les financiers, les comptables de deniers publics ne pouvaient consentir à figurer dans une semblable opération. Qu'arrivait-il? Si le courtier avait été déshonnête ou inhabile, le payement était refusé; le créancier, de peur de se compromettre en faisant connaître son trafic usuraire, ne pouvait poursuivre, et perdait ainsi le capital qu'il avait déboursé. — Il existait encore d'autres motifs plus graves peut-être. Ceux qui recouraient à de semblables emprunts étaient des personnes qui souscrivaient aux conditions les plus dures : des fils de famille, des partisans, des négociants gênés, qui, pour rembourser, ruinaient leurs parents, commettaient des rapines, et faisaient banqueroute.

[1] Dans l'origine, les *courtiers de change*, ou *sensals*, étaient des personnes parfaitement au courant de la banque, établies pour donner fidèlement au public leurs avis sur les règles du contrat de change, sur la solvabilité et sur la probité des individus avec lesquels on traitait.... (Cleirac, page 26).

[2] C'était du temps de la Ligue.

En conséquence, ce nouveau change excita une clameur telle, que c'est chose curieuse aujourd'hui de voir comment il était traité par les anciens auteurs. Il était considéré comme l'une des plaies de l'époque, et comparé aux actions et aux maladies les plus honteuses [1]. Aussi, proscrit avec indignation et défendu par les lois civiles et religieuses, il n'était presque plus connu en 1673 [2].

4° Le change par lequel une personne s'obligeait par lettre à payer dans un autre lieu une somme équivalente à celle qu'il recevait. — On l'appelait change local (*cambium locale, mercantile, trajectitium*). — Jean Tranchant, dans son *Discours sur les changes*, chapitre 2, page 341, lui donne aussi le nom de *réal* (réel) ; « Change » réal, dit-il, est prendre argent en une ville » pour rendre sa valeur en une autre. »

Ceux qui se livraient à ce genre de commerce recevaient le nom de *banquiers*, nom qu'ils portent encore aujourd'hui.

3. De cet exposé il résulte que si les anciens usages reconnaissaient quatre espèces de change, il en est deux seulement qui forment de nos jours les éléments de transactions commerciales. C'est d'abord le change d'une monnaie contre une autre monnaie, celui dont nous avons parlé en premier lieu et que l'on désignait sous les nom de change *menu* ou *manuel;* c'est ensuite celui que nous venons de rappeler en dernière analyse, qui avait nom change *local*, *réel* ou *mercantile*, et qui avait pour but de transmettre fictivement des valeurs d'un lieu en un autre lieu.

Ce dernier a pour agent indispensable la lettre de change et les autres effets de commerce.

Quant à présent, et sans parler de ces effets de commerce auxquels nous consacrons le chapitre VIII[e], nous devons nous borner à jeter un coup d'œil rapide sur le change d'une monnaie contre une autre monnaie, et sur le change du papier.

4. Du moment où le commerce n'a plus été restreint à de simples opérations d'échanges, du moment où les produits du sol et de l'industrie sont devenus l'objet d'un trafic considérable, il a été indispensable d'établir des signes destinés à en representer la valeur. De cette nécessité à la création des monnaies, il n'y avait qu'un pas. D'un autre côté, les divers métaux employés dans la fabrication de ces monnaies sont plus ou moins rares, plus ou moins faciles à extraire des entrailles de la terre ; aussi leur prix de convention ne pouvait être le même. L'or est plus rare, et partant plus cher que l'argent ; à son tour l'argent, plus rare que le cuivre, a plus de valeur que lui. — S'il eût été permis à chaque particulier de solder ses achats en métaux frappés à sa marque, la vérification du poids, de la qualité, aurait été pour le commerce la source d'embarras incessants : aussi les gouvernements se sont réservé la fabrication exclusive des monnaies ; ils ont frappé d'une empreinte identique, le plus souvent de l'effigie du chef de l'État, les métaux qu'ils convertissaient en espèces courantes, et auxquels ils attribuent, suivant leur nature, leur poids ou leur titre, une valeur invariable.— Enfin, pour que toutes les opérations, la plus importante comme la plus minime, la vaste spéculation comme le simple achat nécessaire à l'entretien du ménage, pussent être promptement réalisés, la fabrication des pièces de monnaie est combinée de telle sorte, que l'une d'elles équivaut au prix de plusieurs autres ; c'est ce qui constitue l'utilité des échanges.

Pour exploiter cette utilité des échanges, il s'est établi des personnes qui ont fait profession de les réaliser. Recevant une monnaie, ces changeurs en donnent une autre à la place, et, pour le service qu'ils rendent, ils perçoivent une certaine prime, dont l'importance est déterminée par le prix du cours de leur place, lequel est plus ou moins élevé, suivant le plus ou moins d'affluence des valeurs ou espèces demandées. Cette prime forme le bénéfice de leur spéculation. Cette profession, libre aujourd'hui, était autrefois érigée en office, ainsi que le démontrent l'édit de Henri II, d'août 1555, l'édit de Henri III, de 1580, et l'édit de Henri IV, d'avril 1607.

5. Le commerce des changeurs s'exerce non-seulement sur du numéraire, mais encore sur les matières d'or et d'argent non monnayées ; ils sont astreints aux règlements particuliers qui concernent ces matières. — En outre, étant de véritables commerçants, ils sont tenus d'avoir des livres réguliers, sur lesquels ils inscrivent jour par jour toutes leurs opérations. Cette obligation est plus rigoureuse pour eux que pour les autres négociants : suivant le décret des 19-21-27 mai 1791, il leur est prescrit de tenir un registre double énonçant tous les articles de leurs recettes et les noms des propriétaires des espèces et matières qui leur sont vendues ou échangées.

6. Le changeur des monnaies qui a escompté, sur un endossement faux, un billet à ordre de la banque d'Angleterre, dit *Bank Post bill*, peut

[1] Cleirac, pages 6 et 7.

[2] Nicolai de Passeribus : « *Cambia sicca sunt prohibita » per constitutiones Pii IV et Pii V : item in regno lusitaniæ per pragmaticam regis Sebastiani.*

» *Item per decreta Caroli V et Philippi regis Hispaniarum*

» *Item per senatusconsultum majoris consilii hujus serenissimi domini.*

» *Sunt damnata etiam si fiant pro subveniendo alieni indigentiis et proprie opere faciendo.* » Page 637, n° 13, 14, 15, 18 et 18).

être tenu de la restitution du hillet, ou de sa valeur, envers le propriétaire auquel ce hillet a été soustrait, alors surtout que le changeur, par défaut de registres, s'est mis hors d'état de justifier de la personne de son cédant [1].

7. Le changeur qui, en échange de monnaies étrangères, a reçu des valeurs françaises, d'après le taux auquel il a évalué les monnaies étrangères par lui reçues, ne peut, après cette exécution du marché, demander à l'échangiste la restitution de ce qu'il prétendrait avoir payé au delà de la valeur réelle des monnaies étrangères [2].

8. Nous l'avons expliqué à diverses reprises, ce qui constitue un acte commercial, c'est seulement l'intention de réaliser un bénéfice, c'est le trafic, c'est la spéculation. — Par conséquent, le simple particulier qui, pour son usage personnel, change des monnaies contre d'autres monnaies, ne fait pas une opération commerciale, alors au contraire que le changeur de profession, qui *troque* avec lui, se livre à un acte de son commerce. — C'est ce qu'a décidé la cour de Paris, dans l'arrêt que nous venons de citer à la note 2 ci-dessous.

9. Disons maintenant quelques mots du change du papier.

Le change du papier dut son origine à la nécessité d'éviter les risques du transport de l'argent. Par lui les sommes les plus importantes voyagent fictivement, et l'on parvient, avec son aide, à retrouver ailleurs l'argent versé dans un lieu déterminé. Pour ce faire, on acquiert au moyen d'une certaine somme, et l'on se fait transporter, un titre de créance payable au lieu où l'on désire retrouver les fonds déboursés. Ainsi, par exemple, je désire avoir 1,000 fr. à Lyon, et je suis à Paris : au lieu d'expédier en numéraire à Lyon ces 1,000 fr. et de courir ainsi les risques du transport, j'achète en hourse ou ailleurs une créance de même valeur payable à Lyon. Pour prix de mon achat, je verse à Paris un capital équivalent, et en outre je retiens ou je compte une prime suivant que le change est *pour* ou *contre* moi.

Ici il faut expliquer quelle cause détermine le cours du change

Si, chose bien difficile, mais possible cependant, les négociants de Paris doivent à ceux de Lyon exactement la même somme qui leur est due par ceux-ci, comme il y aurait dans chacune de ces villes autant de titres de créances de l'une sur l'autre, le cours du change serait *au pair* et l'on ne perdrait ni ne gagnerait à donner ou à recevoir du papier de l'une de ces places sur l'autre. — Si, au contraire, Paris doit à Lyon plus qu'il ne lui est dû, comme il y aura à Paris moins de papier sur Lyon qu'on n'en trouverait à Lyon sur Paris, le change sera *contre* cette dernière place et *pour* l'autre place. — Dans ce dernier cas, en prenant à Paris 1,000 fr. sur Lyon je payerai, en sus du capital, un change qui sera en rapport avec la différence entre les dettes et les créances respectives.

Lorsque, au lieu de prendre directement du papier sur une place, on emploie l'entremise d'une troisième place, on est obligé de combiner les divers éléments du change de ces places, les uns à l'égard des autres. Cette combinaison ou assemblage, qui se nomme arbitrage, se fait au moyen d'une opération arithmétique appelée *règle composée*, et a pour but de connaître la place la plus avantageuse pour tirer ou pour remettre.

Le cours du change est constaté par les agents de change, auxquels, d'après la loi, appartient le droit de servir d'intermédiaires entre les parties pour la négociation du papier de commerce [3].

---

[1] Paris, 6 déc. 1821 (S.-V., 22, 2, 63); — Devill., *Dict. du content. comm.*, page 158.

[2] Paris, 11 mars 1833 (S.-V., 33, 2, 227). *Voy.* Orillard, n° 352.

[3] Pour le calcul des arbitrages et les renseignements pratiques sur les différents changes, *voir* Aicard, *Traité général du commerce*; Neveu, *Cours d'opérations de banque*, et le *Dict. du comm. et des march.* (1837-1838), v° *Change*.

DEUXIÈME SECTION.

Des opérations de banque.

SOMMAIRE.

1. Du caractère ancien et actuel des banques.
2. Des banques publiques.
3. Espèces diverses consacrées par la jurisprudence.

« Banque vient de l'italien *banco*, parce qu'anciennement, en Italie, ceux qui faisaient trafic d'argent avaient un banc ou table, en lieu public, où ils se tenaient habituellement. — Lorsque l'un d'eux quittait le banc, on disait que son banc était rompu, qu'il faisait banqueroute, *bancarotta*, ou qu'il faisait faillite. »

(COQUILLE, sur l'article 205 de l'ordonnance de Blois. — EMILE VINCENS, tome II, page 126).

1. Autrefois les banques étaient des établissements publics ou particuliers, qui avaient pour but unique l'échange du numéraire contre le papier, et les opérations qui résultaient de cet échange. — Aujourd'hui les banquiers ne bornent point à cela leurs opérations : — ils spéculent sur les fonds publics ; — ils participent aux emprunts faits par l'État ou par les autres gouvernements ; — ils s'intéressent dans les entreprises industrielles ; — ils s'occupent du placement des actions dans les sociétés en commandite ; — en un mot ils ajoutent à leurs opérations de change et d'escompte une foule d'accessoires, qui ont dénaturé leurs occupations primitives.

On appelle *banques à virements* celles dans lesquelles on reçoit des dépôts par suite desquels des crédits sont ouverts ; et l'on donne le nom de *banques d'escompte* ou *de circulation* à celles dans lesquelles on crée ou reçoit du papier que l'on échange contre du numéraire.

2. La création des banques publiques a pour objet de venir en aide au commerce en accroissant l'escompte des effets négociables par lui émis. Comme ces banques ont en quelque sorte le droit de battre monnaie, en créant des billets qui sont assimilés au numéraire, elles ne peuvent être constituées qu'en vertu d'une loi, et ceux qui, par fabrication ou contrefaçon, mettent en circulation de faux billets de ces établissements sont assimilés aux faux monnayeurs.

Les banques publiques peuvent donc être considérées comme des associations de capitaux, faites sous l'autorisation du pouvoir législatif, dont la destination est d'escompter le papier de commerce à un taux fixe, modéré, et inférieur à celui de l'escompte prélevé par les particuliers : recevoir les dépôts de sommes ou de valeurs, ouvrir par suite un crédit aux déposants, enfin émettre les billets à vue et au porteur, rentrent également dans leurs attributions.

3. *Jurisprudence.* — 1° Quel est le sens du mot *banquier* dans la disposition du tarif ou de la loi du 1er brumaire an VII, qui soumet les banquiers à une patente de 500 fr. ? — La qualité de banquier ne dépend pas de l'existence d'une bourse dans une ville, mais de la cumulation des opérations dites de banque, telles que les crédits, les acceptations, les changes, les traites et remises. Le mot banquier ne s'entend pas du commerçant qui fait des opérations de banque *accidentellement*, et dans l'ordre seulement de son propre négoce ; le mot banquier ne s'entend pas du commerçant qui spécule sur l'argent par des traites ou remises de place en place, si le rayon des opérations est tellement déterminé qu'elles ne s'étendent pas aux principales places de la France et de l'étranger [1].

2° Entre un banquier et le particulier qui lui donne une traite à recouvrer ou à encaisser, moyennant un escompte, il se forme un rapport de nature commerciale. Tellement que si le banquier est assigné en payement de la somme qu'il a dû recouvrer, et s'il se prétend libéré, en sorte qu'il y ait des preuves à faire, la règle à suivre pour les preuves ne se trouve pas dans les art. 1341 et 1353 du Code civ. Les juges peuvent admettre des *présomptions* et même avoir égard aux livres du banquier. Il en serait de même si le demandeur était porteur d'un billet de garantie à lui donné par le banquier ; dès que le billet se rattacherait à l'opération de

[1] Ord. du 19 juin 1828 (S.-V., 29, 2, 57).

banque, la matière serait commerciale et les preuves à faire ne seraient plus rigoureusement soumises aux règles ordinaires du droit civil [1].

3° Le ministère d'un banquier n'est pas réputé gratuit, s'il n'existe expressément une stipulation contraire. En conséquence, sa responsabilité est réglée par l'art. 1992 du Code civ., relatif au mandat salarié [2].

4° Le droit de commission perçu en sus de l'intérêt légal par un banquier, sur le reliquat de chaque compte arrêté à certaines époques déterminées, et reporté à nouveau d'un compte à un autre, doit ou peut être considéré comme une adjonction illégale d'intérêts.

En général, la perception d'un droit de commission, outre l'intérêt légal, n'est autorisée que là où il y a eu des démarches à faire par le banquier pour se procurer les valeurs avancées [3].

5° Le banquier qui a ouvert un crédit à un négociant, peut percevoir, outre l'intérêt légal, un droit de commission sur les sommes dont il lui fait l'avance [4].

6° Mais lorsque ce droit de commission a été une première fois perçu sur les prêts ou avances, ou sur le solde du compte établi entre les parties, on ne peut plus en percevoir sur ce même solde reporté à nouveau compte [5].

7° Le droit de commission n'est dû que pour chaque décaissement réel [6].

8° Les banquiers ne peuvent exiger un droit de commission, ni sur les écus qu'ils reçoivent ou remettent, ni sur les valeurs qu'ils donnent au lieu d'argent, mais seulement à raison des effets qu'on leur donne à recouvrer hors de leur caisse, et qui sont ainsi de nature à nécessiter des soins, des démarches et des frais [7].

9° Le simple prêt commercial, même de la part d'un banquier, ne comporte pas de droit de commission. Dans le cas d'un prêt de cette nature, bien que les parties n'aient stipulé qu'un intérêt de 5 p. %, les juges peuvent, en repoussant le droit de commission également stipulé, allouer 6 p. % d'intérêts [8].

10° L'usage établi entre les banquiers de régler leurs comptes courants à trois ou six mois, d'où résulte une plus prompte capitalisation d'intérêts, ne peut être étendu aux comptes existants entre un banquier et un simple particulier ou marchand avec lequel il a traité [9].

11° Une maison de banque peut être valablement assignée devant le tribunal de commerce du lieu où elle a un comptoir, à raison des opérations commerciales qu'elle a faites en ce lieu, où d'ailleurs les valeurs devaient être fournies et remboursées, encore qu'elle ait son principal établissement dans un autre lieu [10].

CHAPITRE VII.

Des opérations de courtage.

SOMMAIRE.

1. Le courtage est la spéculation par laquelle un individu, se rendant médiateur salarié de la

[1] Cass., 21 juin 1827 (S.-V., 27, 1, 487).
[2] Paris, 24 juill. 1809 (S.-V., 14, 2, 169).
[3] Ce dernier principe est énoncé seulement dans l'arrêt de la cour de Dijon, contre lequel il avait été formé un pourvoi rejeté par la cour de cassation.
Cass., 12 nov. 1834 (S.-V., 35, 1, 334); — Devill., *Dict. du content. comm.*, vo *Banquier*, page 121).
[4] Cass., 14 juill. 1840 (S.-V., 40, 1, 897).
[5] Grenoble, 16 fév. 1836 (S.-V., 37, 2, 361); — Grenoble, 31 août 1839 (S.-V., 40, 1, 897).
[6] Orléans, 22 août 1840 (S.-V., 40, 2, 433).
[7] Bourges, 18 déc. 1839 (S.-V., 40, 2, 257).
[8] Grenoble, 6 mars 1840 (S.-V., 40, 2, 213).
[9] Bourges, 18 déc. 1839 (S.-V., 40, 2, 257).
[10] Cass., 11 fév. 1834 (S.-V., 35, 1, 475). *Voy.* Despréaux, no 93.

négociation qu'il établit entre deux personnes ayant des intérêts distincts et séparés, reçoit les propositions de l'une d'elles, et les transmet et les fait agréer à l'autre.

« La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires ; savoir, les agents de change et les courtiers. (Art. 74, Code de comm.)

» Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse de commerce. Ils sont nommés par le roi. (Art. 75.) »

2. La nature de l'opération que font l'agent de change et le courtier est tout exceptionnelle. — Quoique ayant quelques points de ressemblance avec les contrats de commission et de mandat, elle en diffère essentiellement et ne saurait être confondue avec eux.

Le courtier et le commissionnaire agissent pour le compte d'autrui, mais le courtier, par sa seule qualité, apprend au public qu'il fait l'office d'un simple entremetteur, que son rôle se borne à rapprocher les parties et à porter leurs propositions respectives. Le commissionnaire, au contraire, quoique stipulant pour un commettant, traite en *son propre nom*, de telle sorte qu'il est en apparence le véritable intéressé. — Le courtier, étant personnellement étranger au marché, ne peut en être responsable : l'art. 86 du Code lui défend même de s'en constituer garant : le commissionnaire, au contraire, est directement obligé envers celui qui contracte avec lui.

Dans le *mandat proprement dit*, le mandataire agit au nom de son mandant, qui se trouve lié par ses actes : les actes du courtier n'obligent pas, comme nous venons de le dire ; il se borne à proposer : et, si ses offres sont agréées, ce sont les parties qui concluent la négociation.

3. Au premier aspect une contradiction semblerait exister entre deux articles de la loi. — L'art. 85 déclare qu'un agent de change ou courtier ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte ; qu'il ne peut s'intéresser directement ni indirectement, sous son nom ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale ; d'un autre côté, l'article 632 répute acte de commerce toute opération de courtage. — De telle sorte, ont dit quelques personnes, que d'une part, on défend le commerce aux agents de change et courtiers, et que d'autre part, comme on répute leurs opérations actes de commerce, on les considère comme commerçants. Le commerce, a-t-on ajouté, est un trafic personnel, tenté sur les hasards des achats et reventes, et qui présente des alternations de pertes ou de profits : or le courtier se borne à louer ses services ; il n'achète ni ne revend rien pour son compte ; ses bénéfices ne sont autres que son salaire, et, s'il se maintient dans la ligne de son devoir, il ne peut éprouver aucune perte sérieuse. — Comment donc, d'un tel agent, pourrait-on faire un commerçant ?

Ces objections n'ont pas résisté à un examen approfondi du système accueilli par la loi : elles nous paraissent réfutées par deux raisons décisives :

1° L'art. 85, en interdisant à l'agent de change et au courtier les opérations de commerce ou de banque, a voulu protéger les négociants en les mettant à l'abri des chances favorables que ces intermédiaires du commerce trouveraient dans leur position ; cette disposition de la loi doit être comprise en ce sens que l'on défend aux courtiers les opérations de commerce *autres que celles qui résultent nécessairement de l'exercice de leur profession*.

2° Maintenant, a-t-on pu logiquement réputer commerciales ces opérations qui constituent leur ministère ? Pourquoi donc en douter ? Parce qu'il n'y a pas achat et revente de denrées et marchandises ? Mais nous l'avons expliqué avec les principes légaux, en dehors de ces achats et reventes, il existe beaucoup d'actes de commerce : le louage d'industrie par exemple, les entreprises de spectacles publics, les établissements de ventes à l'encan, les agences d'affaires, les entreprises de commission, de transport, etc. [1].

La contradiction apparente de la loi, étant expliquée, il nous reste à démontrer que les intentions du législateur ne sont pas douteuses.

1° La loi du 15 germinal an VI soumettait les agents de change et courtiers à la contrainte par corps.

2° L'arrêté du 29 germinal an IX défère aux tribunaux de commerce les contestations entre les agents de change et courtiers.

3° L'art. 632 répute acte de commerce toute opération de courtage.

4° Le titre concernant ces intermédiaires des opérations commerciales est placé dans la législation commerciale.

5° L'art. 84 prescrit aux agents de change et courtiers d'avoir un livre revêtu des formes indiquées par l'art. 11, et tenu dans la forme des livres de commerce.

6° L'art. 89 suppose que l'agent de change et le courtier peuvent faire faillite, et, dans ce cas, il déclare qu'ils seront poursuivis comme banqueroutiers. — Or, la faillite est le bénéfice, et la banqueroute est la peine accordée ou réservée aux seuls commerçants [2].

---

[1] Les agents de change doivent être rangés parmi les commerçants. (Brux., 18 avril 1835 ; *J. de Br.*, 1835, page 171).

Les billets souscrits par des courtiers pour faits relatifs à leurs fonctions et à la responsabilité qui en découle en certains cas, ont le caractère d'effets de commerce frappés de la présomption établie par l'art. 638. (Brux., 18 avril 1835 ; *J. de Br.*, 1835, page 171.)

[2] Cet avis, sanctionné par l'arrêt de la cour de Paris, du

4. Les agents de change sont des officiers publics, nommés par le roi. (Art. 75.)

Ils ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres, susceptibles d'être cotés ; de faire, *pour le compte d'autrui*, les négociations des lettres de change ou billets, et de tous papiers commerçables, et d'en constater le cours. — Ils peuvent faire, concurremment avec les courtiers de marchandises, les négociations et le courtage des ventes ou achats des matières métalliques. — Ils ont seuls le droit d'en constater le cours. (Art. 76.)

5. Il y a des courtiers de marchandises,

Des courtiers d'assurances,

Des courtiers interprètes et conducteurs de navires,

Des courtiers de transports par terre et par eau. (Art. 77.)

6. *Les courtiers de marchandises*, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire le courtage des marchandises, d'en constater le cours; ils exercent, concurremment avec les agents de change, le courtage des matières métalliques. (Art. 78.)

7. *Les courtiers d'assurances* rédigent les contrats ou polices d'assurances, concurremment avec les notaires; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière. (Art. 79.)

8. — *Les courtiers interprètes et conducteurs de navires* font le courtage des affrètements ; ils ont, en outre, seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissements, contrats, et tous actes de commerce, dont la traduction serait nécessaire; enfin, de constater le cours du fret ou du nolis.

Dans les affaires contentieuses de commerce, et pour le service des douanes, ils servent seuls de truchement, à tous étrangers, maîtres de navires, marchands, équipages de vaisseau et autres personnes de mer. (Art. 80.)

9. Le même individu peut, si l'acte du gouvernement l'y autorise, cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises ou d'assurances, et de courtier interprète et conducteur de navires. (Art. 81.)

10. *Les courtiers de transports par terre et par eau*, constitués selon la loi, ont seuls, dans les lieux où ils sont établis, le droit de faire le courtage des transports par terre et par eau; ils ne peuvent cumuler, dans aucun cas et sous aucun prétexte, les fonctions de courtiers de marchandises, d'assurances, ou de courtiers conducteurs de navires, désignées aux art. 78, 79 et 80. (Art. 82.)

11. Il existe encore une autre classe de courtiers spéciaux pour la halle aux vins de Paris : ce sont les *courtiers-gourmets-piqueurs de vins*. Leurs attributions sont définies par l'art. 14 du décret du 15 décembre 1813 : leurs fonctions sont, dit cet article, 1° de servir, exclusivement à tous autres dans l'entrepôt, d'intermédiaires, quand ils en seront requis, entre les vendeurs et les acheteurs de boissons; 2° de déguster, à cet effet, lesdites boissons, et d'en indiquer fidèlement le cru et la qualité; 3° de servir, aussi exclusivement à tous autres, d'experts en cas de contestations sur la qualité des vins, et d'allégation contre les voituriers et bateliers arrivant sur les ports ou à l'entrepôt, que les vins ont été altérés ou falsifiés.

12. Ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de change ni courtiers, s'ils n'ont été réhabilités. (Art. 83.)

13. Il est des individus, qui, sans être revêtus de la qualité de courtiers, se permettent de servir d'intermédiaires dans les opérations de commerce : ce courtage clandestin ou *marron* est considéré comme un délit et puni de peines correctionnelles; néanmoins la sanction pénale, encourue pour ce fait punissable n'enlèverait pas à l'acte de courtage son caractère commercial.

25 avril 1811 (S. V., 11. 2. 370), et par l'arrêt de la cour de Rennes, du 29 janv. 1839, est suivi par Em. Vincens, tome Ier, page 62; — Mollot, *Bourses de comm.*, pages 97 et suiv.; — Orillard, n° 362; — Devill., *Dict. du content. comm.*, v° *Agent de change*; — Pardessus, n° 128.

CHAPITRE VIII.

DES LETTRES DE CHANGE, BILLETS A ORDRE, BILLETS A DOMICILE OU REMISE D'ARGENT DE PLACE EN PLACE, ET DES MANDATS.

PREMIÈRE SECTION.

Des lettres de change.

SOMMAIRE.

1. Impossibilité, à cause du plan de cet ouvrage, de traiter à fond toutes les matières qui en dépendent. — Nécessité d'exposer les principes fondamentaux.
2. Distinction entre la lettre et le contrat de change. — Définition de la lettre de change.
3. Priviléges accordés aux lettres de change. — Pour en jouir, il faut que les conditions de la loi aient été remplies. — Caractères essentiels : dispositions de l'art. 110 du Code de commerce.

   Quoique la signature du tireur ne soit pas mise au rang des caractères essentiels, elle est nécessaire, comme dans toutes les autres obligations.

   Le bon ou *approuvé* n'est pas nécessaire dans les lettres de change, même lorsque le tireur n'est pas commerçant. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
4. Remise d'un lieu sur un autre. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
5. Date.
6. Somme à payer
7. Nom de celui qui doit payer. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
8. Époque du payement. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
9. Lieu du payement.
10. Valeur fournie. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
11. De l'ordre au profit d'un tiers ou du tireur lui-même. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
12. Des lettres de change imparfaites par incapacité des contractants. — 1° Lettres souscrites par les femmes mariées ; 2° lettres souscrites par les mineurs ; 3° lettres imparfaites par suppositions. — Renvoi à mon *Traité sur les lettres de change*.

1. Dans notre système de législation, toutes choses sont si bien ordonnées, tous les sujets se touchent par un lien si intime, qu'écrire sur une matière permettrait d'examiner toutes les autres. Ainsi la compétence des tribunaux de commerce nous amène à parler successivement du contrat de vente et de louage, du mandat et de la commission, des entreprises et agences de toute nature, des opérations de banque et de courtage, des sociétés commerciales et du contrat de change, des commerçants et des actes de commerce ; mais nous ne pouvons, sans nous éloigner de notre but, accorder à ces épisodes qu'une bien faible part : c'est à peine s'il nous est permis d'effleurer les principes généraux dans lesquels chacun d'eux trouve les principales règles. Par exemple, de la lettre de change à laquelle nous avons consacré deux volumes, de la lettre de change, ce levier du commerce, qui forme et délie toutes les transactions, qui renferme les plus intéressantes questions, nous ne pouvons ici dire que quelques mots, car c'est de l'organisation et de la compétence des tribunaux de commerce que nous traitons dans cet ouvrage, car c'est des actes de commerce que nous occupons en ce moment.

Au surplus, lorsque dans les livres III et IV nous rechercherons les éléments de la compétence, à raison de la nature des actes et de la compétence territoriale, nous pourrons encore consacrer quelques lignes aux effets négociables.

2. La lettre de change ne doit pas être confondue avec le contrat de change ; elle le suppose et le met en action, mais ne le crée pas ; il est la fin, elle en est l'instrument et l'unique moyen.

On peut la définir : une lettre conçue en style concis, revêtue des formes prescrites par la loi, par laquelle on donne mandat à un débiteur ou correspondant que l'on a dans un lieu autre que celui d'où on la tire, de compter à une per-

sonne désignée ou au porteur de son ordre, une somme d'argent cédée en échange de pareille valeur reçue en espèces, en marchandise, en compte ou de toute autre manière.

3. *Caractères indispensables.* — La lettre de change jouit de grands et nombreux priviléges : réputée acte de commerce, elle entraîne la contrainte par corps, soumet à la juridiction consulaire et peut être cédée sans aucune des formalités indiquées par le droit civil ; entre toutes personnes capables de s'obliger, elle réalise par elle-même une opération commerciale; quelle que soit la cause qui la fit créer, tous ceux dont la signature y figure, tireur, endosseurs, accepteur, donneur d'aval, sont présumés avoir participé à un acte de trafic et de négoce. Mais pour jouir de ces immunités, pour mériter ces priviléges, il faut que le titre décoré du nom de lettre de change en contienne réellement tous les caractères. Si le vœu de la loi était méconnu, si les conditions qu'elle prescrit pour constituer le titre régulier étaient omises ou n'étaient pas sérieusement accomplies, il n'existerait plus de lettre de change, il resterait une obligation ordinaire dont il faudrait, pour connaître les effets, étudier la nature et l'origine.

Il est donc indispensable de rappeler ici les caractères constitutifs de la lettre de change.

L'art. 110 du Code de commerce énumère ainsi ces diverses conditions :

La lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre;

Elle est datée ;

Elle énonce la somme à payer,

Le nom de celui qui doit la payer,

L'époque et le lieu où le payement doit s'effectuer,

La valeur fournie, en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.

Elle est à l'ordre d'un tiers ou à l'ordre du tireur lui-même.

Si elle est par première, deuxième, troisième, quatrième, etc., elle l'exprime.

Au nombre des caractères essentiels de la lettre de change, la loi n'a pas mis la signature du tireur, rigoureusement requise cependant. On en conçoit facilement le motif. Tout acte ne constate la volonté de l'homme qu'autant que l'empreinte de son nom y est écrite de sa main ou de celle de son mandataire. Il était donc inutile de parler de cette formalité, dont l'absence empêche tous les contrats d'avoir une existence.

L'art. 1326 du Code civ., sur la nécessité du *bon* ou *approuvé* des billets ou promesses sous seing privé non écrits de la main du souscripteur, est inapplicable aux lettres de change, encore que leur auteur ne soit pas commerçant [1].

4. *Remise d'un lieu à un autre.* — Les difficultés du transport réel des métaux furent la nécessité qui fit créer la lettre de change : leur transmission fictive est son but et constitue son essence.

Lors même qu'une traite exprimerait qu'elle est lettre de change, et qu'elle en porterait les autres caractères, s'il n'y avait pas remise de place en place, il n'y aurait pas lettre et contrat de change, encore que, par simulation, on eût faussement supposé que la remise a eu lieu. Et *vice versa*, une traite contenant remise d'un lieu sur un autre, sans indication qu'elle est lettre de change, ou avec indication contraire, n'en serait pas moins une lettre de change.

En Danemarck, une ordonnance de Chrétien V, en date du 16 avril 1681, exige que le mot de lettre de change se trouve sur le titre [2]. — En Prusse, la même disposition existe dans le Code général, art. 748. — En France, il en est autrement, et la réalité l'emporte sur la forme.

Les autres caractères touchent aussi à la validité de la lettre de change, mais ils affectent la forme seule et pourraient être modifiés, tandis que la remise d'un lieu sur un autre ne saurait être enlevée sans détruire le contrat, qui, mobile dans sa contexture, est immuable dans son essence.

La remise existe, quoiqu'elle ne soit pas faite d'une place de commerce sur une autre place de commerce.

Pour former une lettre de change, il faut que le change soit réel et effectif, c'est-à dire que le titre souscrit dans un lieu soit payable dans un autre [3].

Une lettre de change n'est pas tirée d'un lieu sur un autre, dans le sens de la loi, lorsque le tireur et le tiré habitent et sont indiqués dans la même ville, peu importe que l'un soit dans l'intérieur de la ville et l'autre hors de la ville, dans un château de la banlieue [4].

Une lettre de change tirée d'un bourg sur une ville, qui n'est distante que de deux lieues et demie, satisfait à la condition de la remise d'un lieu sur un autre [5].

Une lettre n'est pas réputée simple promesse,

---

[1] Trib. de cass., 10 messidor an 11 (S.-V., 3, 1, 370); — Arux, 11 janv. 1808 (S.-V., 8, 2, 95); — Liége, 4 avril 1813 (S.-V., 14, 2, 183). — Toulouse, 30 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 128); — Montpellier, 20 janv. 1835 (S.-V., 23, 2, 338). — Merlin, *Répert.*, v° *Billet à ordre*, § 1er, art. 5, page 835; — Pardessus, *Traité du contrat de change*, n° 74. — E. Vincens, chap. 1er, n° 171; — Duranton, tome XIII, n° 176; — Dalloz, *Répert. méth.*, v° *Effets de commerce*, tome XII, page 191. — *Nota.* — Voir aussi nos observations, *Traité de la lettre de change*, tome 1er, pages 73 et 76.

[2] Fuleman, chap. XVI, page 286.

[3] Cass., 8 brum. an 14 (S.-V., 6, 2, 618).

[4] Bordeaux, 23 avril 1830 (S.-V., 130, 2, 302).

[5] Brux., 24 sept. 1814 Dalloz, *Répert. méth.*, 12, 193, en note). *Pasicrisie*, à cette date. Despréaux, n° 471. Pardessus, n° 332. Perall, *Lettre de change*, n° 4, sur l'art. 110 du Code de comm. Il n'y a pas remise de place en place dans un effet tiré d'une commune limitrophe de la capitale et payable dans cette dernière. (Brux., 14 mai 1841; *J. de Br.*, 1841, page 86.)

par cela que le tiré l'a acceptée au lieu où elle fut créée, si d'ailleurs le payement doit être effectué en un lieu différent [1].

Une lettre de change tirée d'un lieu sur un autre ne devient pas simple promesse, par cela seul que le tiré désigne dans son acceptation, pour lieu de payement, le lieu où la lettre fut créée [2].

5. *Date.* — La date se met ordinairement en chiffres, en haut de la lettre de change.

C'est comme son *épigraphe*, ainsi que le disaient les anciens auteurs.

La date est importante, souvent indispensable, et toujours exigée à peine de nullité.

L'altération de la date est un faux en écriture de commerce.

La date, dans une lettre de change, doit être considérée comme certaine. — Néanmoins, les tiers peuvent, sans inscription de faux, démontrer qu'elle n'est pas réelle [3].

6. *Somme à payer.* — La somme à payer doit être énoncée sur la lettre de change.

Elle peut être écrite en chiffres ou en toutes lettres : cependant, comme les chiffres sont faciles à altérer, il est d'usage de se servir de lettres. — Si la mention était en chiffres, l'accepteur, pour éviter une falsification, ferait sagement d'écrire en toutes lettres : *Accepté pour la somme de tant...*

Du reste, les chiffres offrant l'avantage de mieux frapper l'attention, on met ordinairement en haut de la lettre de change : *Bon pour...*, et la somme en chiffres.

S'il existait une différence entre le corps du titre et cette indication préliminaire, le corps de la lettre de change ferait foi, car les chiffres ne sont que pour simple note.

En Danemark, l'ordonnance du 16 avril 1681 conciliait les intérêts du commerce avec le désir d'éviter les abus. Non-seulement elle autorisait l'emploi géminé des chiffres et des lettres, mais elle l'ordonnait impérativement.

L'espèce de monnaie devra être spécifiée, si l'on est convenu de faire le payement en une autre monnaie que celle du lieu ou du temps de ce payement. — Enfin, s'il survient quelque changement dans les monnaies, on emploierait, à moins de stipulation contraire, des espèces ayant cours au moment de l'échéance ; dans tous les cas, il faudrait ajouter ou retrancher le moins ou le plus de valeur qu'elles pourraient avoir lors de cette échéance.

7. *Nom de celui qui doit payer la lettre de change.* — Parmi les caractères de la lettre de change, se place le nom de celui qui doit la payer, c'est-à-dire du tiré : ce nom doit être entouré de toutes les circonstances qui peuvent le bien faire connaître. S'il se trouvait au même lieu plusieurs personnes portant le même nom que celui du tiré, le tireur aurait soin de le faire précéder ou suivre par les prénoms ou surnoms ; en un mot, il devrait donner une désignation suffisante.

Le nom du tiré omis, la lettre de change ne serait pas nulle, s'il existait d'ailleurs une désignation telle, que le porteur ne pût pas se tromper sur la personne du tiré.

Le nom du tiré se place ordinairement au bas de la lettre de change, et la forme de cette énonciation ressemble à l'adresse d'une lettre missive.

En toute matière les tribunaux doivent réparer les erreurs de rédaction, et interpréter les actes d'une manière conforme aux intentions des parties. Si le créateur d'une traite, renfermant toutes les conditions voulues par la loi, et notamment l'indication du tiré, avait dit par mégarde : *Je payerai*, au lieu de *Payez*, la lettre n'en existerait pas moins dans toute sa force, puisque malgré l'erreur on retrouverait dans son contexte tous les caractères essentiels [4].

Le tireur peut-il se désigner lui-même pour la personne qui doit payer ? Je ne le pense pas. — Le devoir du tireur est de fournir la provision au tiré, et le droit du porteur est d'avoir, outre le tireur, le tiré pour obligé direct et solidaire : il a le droit aussi, avant l'échéance, de requérir son acceptation : ces devoirs et ces droits seraient annihilés si le tireur pouvait réunir les qualités de tireur et de tiré.

Et puis, n'est-il pas contraire à l'essence du contrat de change et aux simples règles du bon sens, que le tireur s'écrive à lui-même ? La convention de change, on le sait, est, comme le dit Heineccius, enflée d'un contrat de mandat, qui réside dans la commission, donnée au tiré par le tireur, de payer à sa décharge ; or le tireur peut-il se donner ce mandat à lui-même ? Évidemment non, et ce serait méconnaître les principes fondamentaux sur lesquels repose la lettre de change que d'admettre la régularité d'un pareil titre [5].

Le tireur ne se désignerait pas comme tiré s'il souscrivait une lettre de change, payable

[1] Turin, 29 août 1807 (S.-V., 7, 2, 79).

[2] Paris, 8 août 1833 (S.-V., 32, 2, 478); — *Circulaire du grand-livre*, 31 oct. 1808 (S.-V., 9, 2, 13). — Pardessus, *Cours de droit*, n° 332; — Dalloz, v° *Effets de comm.* — *Nota.* — Voir notre *Traité sur la lettre de change*, pages 79 et 81.

[3] Cass., 13 mai 1809 (Dalloz, *Répert. méth.*, 12, 198).

[4] Toulouse, 22 juill. 1826 (S.-V., 27, 2, 51); — cass., 14 mai 1828 (S.-V., 28, 1, 172).

[5] Trib. de cass., 1er messidor an 11 (S.-V., 3, 1, 366); — Toulouse, 22 juill. 1825 (S.-V., 25, 2, 292). — Pardessus, n° 335; — Favard, v° *Lettre de change*; — Dalloz, *Répert.*, tome XII, page 197. — *Nota.* — Voir nos observations, *Traité de la lettre de change*, tome 1er, page 85, et liv. IV, 2e section, pages 523 et suiv.

Dans le sens de l'opinion contraire : Nîmes, 30 messidor an 14 (S.-V., 4, 2, 629); — cass., 1er mai 1809 (S.-V., 9, 1, 174); — Nîmes, 22 juin 1829 (S.-V., 30, 2, 93); — Toulouse, 3 déc. 1829 (S.-V., 31, 2, 302). — Fœlix, chap. 1er, page 7; — Horson, quest. 51, tome 1er, page 173. *Voy.* Orillard, n° 401.

par une maison de commerce dans laquelle il aurait un intérêt, mais qui serait distincte de la sienne.

8. *Époque du payement.* — La lettre de change doit déterminer une échéance précise, et il n'est pas permis aux juges de s'appuyer sur les circonstances des faits extérieurs à la lettre de change pour suppléer le défaut de cette énonciation. — Le motif de cette rigueur de la loi, c'est que les diligences et poursuites doivent être faites par le porteur à jour fixe, et qu'il ne serait pas juste de lui faire encourir la responsabilité d'une déchéance arbitraire.

Ainsi l'on prétendrait vainement qu'une lettre de change sans époque de payement, équivaut à une lettre de change à vue.

La lettre de change peut être tirée *à vue* ou *à présentation*. Dans ce cas, elle est payable dès qu'elle est présentée au tiré (art. 129 et 130, Code de comm.). Les lettres de change à vue sont fort utiles pour les voyageurs, qui ont peu de temps à s'arrêter dans les villes où ils passent.

Elle peut être tirée également :

à un ou plusieurs jours }
à un ou plusieurs mois } de vue.
à une ou plusieurs usances }
(Art. 129.)

Dans ces espèces, l'échéance est fixée par la date de l'acceptation, ou par celle du protêt faute d'acceptation (art. 131), et ce délai commence à courir du lendemain de cette acceptation : *Dies termini non computatur in termino.*

Si l'acceptation n'était pas datée, le défaut de date rendrait la dette exigible au terme y exprimé à partir de sa date. (Art. 122.)

La lettre peut être encore payable :

à un ou plusieurs jours }
à un ou plusieurs mois } de date.
à une ou plusieurs usances }
(Art. 129.)

Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien (art. 132). — Ils se comptent de quantième à quantième, de date à date, quelle que soit la longueur du mois, et non par révolution mensuelle. — Ainsi une lettre tirée le 15 juillet, payable à trois mois de date, sera payable le 15 octobre.

En France, les usances comprennent trente jours, qui courent du lendemain de la date de la lettre de change. (Art. 132.)

La lettre de change peut être aussi payable à un *jour nommé.*

On peut encore stipuler que son échéance aura lieu *en foire.* — Dans ce cas, elle est échue la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, ou le jour de la foire, si elle ne dure qu'un jour. (Art. 133.)

Dans toutes ces hypothèses, si l'échéance tombe sur un jour férié légal, la lettre sera payable la veille et protestable le lendemain. (Art. 134.)

Tous les délais de grâce, de faveur, d'usage ou d'habitude locale, pour le payement des lettres de change sont abrogés. (Art. 135.)

L'échéance d'un effet de commerce n'est pas suffisamment indiquée par ces mots : « Je payerai toutefois et quand. » — Ces mots ne peuvent être considérés comme équivalant à ceux-ci : « Je payerai à présentation [1]. »

Lorsqu'un effet de commerce est confectionné le dernier jour d'un mois, c'est par quantième, et non par fin de mois, qu'il faut calculer le délai d'échéance. — Ainsi une lettre de change, tirée le 28 février, à dix mois de date, est payable le 28 décembre suivant, soit que le mois de février n'ait que 28 jours, soit qu'il en ait 29 (année bissextile) [2].

L'indication précise de l'époque du payement est de l'essence de la lettre de change. — En conséquence, le mandat à ordre par lequel une personne en charge une autre de payer à un tiers, dans un autre lieu, une somme due, après le décès d'un individu désigné, ne peut être considéré comme une lettre de change, par cela seul qu'il n'indique pas le jour où le payement doit être effectué. — Ce n'est qu'une simple promesse, de la compétence des tribunaux civils [3].

Il en est de même d'une lettre de change dans laquelle une époque précise est indiquée, mais dans laquelle aussi le tireur s'est réservé le droit de renouveler [4].

Lorsqu'une lettre de change, d'ailleurs régulière, est viciée par l'omission de l'époque du payement, s'il arrive que l'accepteur indique lui-même plus tard une échéance, le vice primitif se trouve réparé, en ce sens que l'effet acquiert tous les caractères de lettre de change. — Du moins, l'accepteur est non recevable à lui opposer le vice originaire [5].

La loi qui s'oppose à ce que les juges accordent des délais en matière de lettre de change, n'empêche pas qu'ils ordonnent la mise en cause du tireur, si sa signature est arguée de faux. — Toutefois le sursis, accordé à l'accepteur, ne peut être étendu aux endosseurs, qui, garants en tous cas, doivent être condamnés [6].

9. *Lieu du payement.* — Pour que l'on puisse vérifier si la lettre de change contient la remise d'un lieu sur un autre, le lieu où elle est payable

[1] Paris, 21 avril 1829 (S.-V., 29, 2, 139).

[2] Cass., 13 août 1817 (S.-V., 17, 1, 382); — cass., 17 fév. 1818 (S.-V., 18, 1, 187); — cass., 21 juill. 1818 (S.-V., 19, 1, 237). — E. Vincens, chap. 1er, no 7, page 172; — Rogron, sur l'art. 132. — Pardessus, no 183; — Favard, tome III, page 266; — Sorson, quest. 80 et 81, tome II, page 29.

[3] Toulouse, 8 janv. 1837 (S.-V., 37, 2, 239). — Dalloz, vo *Effets de commerce*, art. 1er, § 5.

[4] Paris, 2 fév. 1830.

[5] Paris, 14 mars 1829 (S.-V., 29, 2, 228).

[6] Brux., 12 sept. 1812 (S.-V., 19, 2, 286).

doit être énoncé. Ordinairement il est mis au-dessous du nom du tiré, de même que dans une lettre missive l'indication de la ville est mise au-dessous du nom de la personne à laquelle elle est adressée.

Pour les traites payables en province, il faut avoir le soin d'indiquer le département et même la commune dans lesquels est situé le lieu où le remboursement doit être effectué; car il se rencontre en France plusieurs villes, bourgs ou villages portant le même nom.

Lorsque le domicile où le payement doit s'effectuer n'est pas celui du tiré, il faut le déclarer et le faire connaître d'une manière précise, puisque c'est chez le tiré que la présomption légale fait supposer que les fonds se trouvent déposés. — Si le tireur oubliait de faire cette mention, l'accepteur devrait suppléer à cet oubli et mentionner le lieu où il payera la lettre de change et où les diligences seront faites. (Art. 123.)

10. *Valeur fournie.* — Il faut qu'en échange de la somme à payer, il y ait une valeur reçue. — Pour qu'il soit possible de vérifier si en fait cette valeur a été remise, on doit exprimer comment elle a été fournie, et cette indication doit présenter un caractère mercantile, ou tout au moins un sens précis, laissant apercevoir un échange sincère.

Ce principe n'est pas nouveau et créé pour le seul contrat de change, c'est l'application de la règle universelle, qui veut une cause licite dans toutes les obligations. La valeur de la lettre de change, c'est la cause, qui la valide ou la vicie.

De même que dans un contrat civil, ce ne serait pas satisfaire aux prescriptions de la loi que de déclarer qu'il existe une cause, si on ne mentionnait pas sa nature; de même, il ne suffirait pas, dans la lettre de change, de dire qu'il y a eu une valeur fournie, si l'on n'expliquait pas de quelle manière elle a été livrée. Si cette cause n'était pas connue, ou ne remplissait pas les conditions prescrites, elle serait censée ne pas exister, et la lettre de change serait frappée dans son essence, puisqu'il n'y aurait pas remise d'argent d'un lieu sur un autre.

Il faut donc rechercher avec attention quelles sont les conditions qui donnent à la mention de la valeur un caractère de validité. — L'article 110 du Code de comm. dit : « *La lettre de change énonce la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.* »

Rien de plus général en apparence que ces expressions : *ou de toute autre manière;* cependant il faut se pénétrer du sens que le législateur a pu leur attacher.

La lettre de change, comme on l'a dit, a pour but de faire passer dans un lieu une somme d'argent reçue dans un autre lieu.—Ce but est atteint non-seulement lorsque le preneur donne des espèces qu'il sort de sa caisse, mais encore lorsqu'il opère une compensation entre une somme dont le tireur lui est redevable, et celle que l'on doit plus tard lui payer.

La stipulation de la valeur sera donc admise, toutes les fois qu'elle sera incontestable, toutes les fois qu'il y aura eu un prix quelconque, réellement payé en échange de la somme à recevoir. Mais si elle était *louche*, comme l'on dit dans le langage commercial, si elle ne présentait pas la certitude qu'il y a eu valeur fournie, alors elle serait irrégulière, non avenue, et la lettre de change manquerait de l'un de ses caractères irritants.

Du reste, les tribunaux sont les appréciateurs souverains de la validité des expressions employées, et c'est un fait à constater, plutôt qu'une thèse de droit à résoudre. Licites, elles font foi jusqu'à preuve contraire; si elles étaient critiquées, de simples présomptions, quelque graves qu'elles fussent, ne suffiraient, pas pour les faire annuler et pourraient seulement autoriser les juges à recevoir la preuve testimoniale.

Lorsqu'on prétend que la cause est illicite, on ne peut astreindre le porteur à comparaître en personne et à produire ses livres de commerce [1].

Une lettre de change qui exprime une fausse cause n'en est pas moins valable, si elle a une cause licite et réelle [2].

Si la cause exprimée est fausse, et s'il n'existe pas une cause réelle, la lettre de change est nulle [3].

La cause illicite d'un effet de commerce, ne peut être invoquée contre le tiers porteur de bonne foi; mais elle peut l'être contre celui qui a connu l'illégalité de la cause [4].

Des lettres de change qui ont pour origine des opérations de contrebande ne sont pas valables, quoiqu'elles soient causées valeur reçue comptant [5].

Le défaut de cause ou de valeur ne peut être opposé au porteur, par l'accepteur [6].

L'expression *valeur reçue comptant* suffit pour énoncer la valeur fournie [7].

---

[1] Colmar, 25 mai 1808 (S.-V., 8, 2, 334).
[2] Cass., 19 juin 1832 (S.-V., 32, 1, 529);—Pau, 17 nov. 1834 (S.-V., 35, 2, 167).
[3] Cass., 20 nov. 1817 (S.-V., 19, 1, 30). *Voy.* Orillard, n° 383.
[4] Cass., 28 janv. 1819 (Horson, tome 1er, quest. 49, page 163).
[5] Paris, 3 janv. 1828.
[6] Paris, 22 déc. 1825 et 16 mars 1826 (S.-V., 26, 2, 304).
[7] Cass., 13 nov. 1821 (S.-V., 21, 1, 55).—Jousse, note 3 sur l'art. 1er de l'ordonn. de 1673; — Pothier, chap. 1er, § 2, n° 9, page 208,—Pardessus, n° 340; — E. Vincens, chap. 1er, n° 13. —*Nota.*—Voir notre *Traité*, tome 1er, page 98.

L'expression *valeur entre nous* n'est pas équivalente à *valeur en compte*. — Elle est irrégulière [1].

L'expression *valeur reçue* est insuffisante [2].

L'insuffisance de l'indication de la valeur, rend la lettre de change une simple promesse, ou même la frappe de nullité absolue. — En conséquence, les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître des contestations relatives à de semblables effets [3].

Dans le cas d'insuffisance de la valeur fournie dans les lettres à l'ordre du tireur lui-même, l'endossement de la lettre de change, qui la complète, la rend régulière, s'il énonce la valeur [4].

Le débiteur d'une lettre de change, souscrite pour cause civile (pour remplacement militaire), n'est pas justiciable du tribunal de commerce [5].

Nota. — Cet arrêt est contraire aux principes élémentaires en matière de lettres de change; ces actes sont toujours considérés en eux-mêmes, et indépendamment de leur cause, comme des actes commerciaux [6].

11. *De l'ordre au profit d'un tiers ou du tireur lui-même*. — La lettre de change doit indiquer le nom de la personne qui en recevra le montant.

Dans l'origine, les lettres de change étaient seulement payables au porteur, ou à un individu qui y était dénommé. La multiplicité des affaires et la nécessité de transmettre rapidement le titre de créance résultant de la convention de change, ont fait ajouter à la forme, ces mots : *ou à ordre*, qui, suivant la remarque judicieuse de Toubeau, tome II, tit. VI, page 210 : « sont d'un grand secours dans le commerce, activement et passivement, donnant moyens en faisant passer de main en main les lettres de change, de retirer son argent sans quasi sortir de chez soi, et de les acquitter sans mettre la main à la bourse, par compensation et virements des uns aux autres. »

Il ne suffit pas aujourd'hui que la lettre fasse mention du nom du preneur : l'art. 110 du Code de commerce disant : « elle est *à l'ordre* d'un tiers, ou *à l'ordre* du tireur lui-même, » la lettre doit être payable *à ordre*, et non pas seulement à un individu dénommé; sans cela il y aurait bien remise de place en place, mais le titre ne serait pas négociable et la lettre de change est un acte dont la rapide transmission, destinée à répondre à l'urgence des besoins du commerce, doit pouvoir s'opérer toujours sans les formalités du droit civil [7].

Le mot *ordre* n'est pas sacramentel : il peut être remplacé par toute autre expression, laissant voir sans équivoque la volonté du souscripteur de donner naissance à un titre négociable : que l'on trouve dans le titre : Payez *au porteur légitime, à un tel ou à ses ayants droit*, ou bien *à un tel ou à sa disposition*, et le vœu de la loi sera accompli [8].

Dans les transactions ordinaires, les tiers ou le débiteur ont le droit d'opposer au cessionnaire du créancier les exceptions dont ce dernier serait passible. Par une grave dérogation à cet équitable principe qui le cessionnaire n'a pas plus de droits que son cédant, le porteur d'une lettre de change est à l'abri des légitimes compensations ou exceptions à la charge de ses auteurs. Cette dérogation, comme tout autre privilége, doit être renfermée dans de justes limites.

Le tireur ne pouvant négocier à lui-même un titre, la lettre de change à son ordre n'est complète que par la présence de l'endosseur. Cependant elle est parfaite sans cette intervention, lorsque le tireur n'est que le mandataire d'un tiers, pour le compte duquel il a souscrit la traite. Dans ce cas, il n'est pas le véritable tireur et il peut la recevoir pour se payer des sommes dont son mandant, l'ordonnateur, lui est redevable [9].

En conséquence de ce principe général, la lettre de change à l'ordre du tireur lui-même ne contient pas remise de place en place, bien qu'elle soit tirée d'un lieu sur un autre, si l'endossement, qui la rend parfaite, est daté du lieu même où elle est payable. S'il en était autrement, il faudrait arriver à dire qu'il peut y avoir

---

[1] Cass., 19 juin 1810 (S.-V., 10, 1, 374).

L'expression *valeur en compte* est suffisante. (Brux., 21 janv. 1832, et 18 janv. 1837; *J. de Br.*, 1832, 1, 154, et 1837, page 495); mais non celle : *valeur reçue à ma satisfaction* (Gand, 4 juin 1838; *J. de Br.*, 1838, page 414. Liége, 18 mai 1824; *J. de Br.*, 1824, 2. 394; Dalloz, tome XII, page 199; Persil, n° 30, sur l'art. 110, Code de comm.).

[2] Cass., 24 juin 1812 (Merlin, *Répert.*, v° *Lettre de change*, page 407). — Savary, tome 1er, page 146; — Jousse, note 3, sous l'art. 1er de l'ordonn., page 114; — Dupuis de la Serra, n° 46; — Pothier, n° 34; — Locré, note 3, sous l'art. 110, page 337. — Pardessus, n° 340. — *Nota*. — Voir notre *Traité*, tome 1er, page 99.

[3] Cass., 19 juin 1810 (S.-V., 10, 1, 374); — Turin, 13 mars 1811 (S.-V., 12, 2, 74); — Caen, 17 août 1825 et 31 janvier 1826 (S.-V., 26, 2, 215); — Toulouse, 2 mai 1826 (S.-V., 26, 2, 289).

Le tribunal de commerce est compétent pour connaître des lettres de change entre négociants, quoique le billet n'indique pas en quoi la valeur a été fournie. (Liége, 10 août 1814. *Pasicrisie belge*.)

Nota — Voir cependant, en sens contraire, cassation, 30 août 1826 (S.-V., 27, 1, 155). *Voy.* Orillard, n° 404.

[4] Toulouse, 4 juin 1825 (S.-V., 25, 2, 308). *Voy.* Orillard, n° 404.

[5] Aix, 5 nov. 1830 (S.-V., 31, 2, 337).

[6] Voir en ce sens : Pau, 11 nov. 1834 (S.-V., 35, 2, 167).

Toutes personnes signataires de lettres ou billets de change sont justiciables des tribunaux de commerce. (Brux. 31 janvier 1835; *J. de Br.*, 1836, p. 487.)

[7] Toulouse, 14 janv. 1828 (S.-V., 28, 2, 300). — Merlin, *Additions*, v° *Lettre et billet de change*, § 2, n° 2, page 631; — Locré, sous l'art. 110, page 342; — Pardessus, n° 339; — E. Vincens, livre VIII, chap. 1er, n° 9

[8] Douai, 24 oct. 1809 (S.-V., 7, 2, 931); — Pardessus, n° 339.

Lorsqu'une promesse porte que la somme qui en fait l'objet sera, à l'échéance, payée à celui en faveur de qui elle est reconnue, *ou à quiconque en sera alors porteur*, celui qui l'a souscrite ne peut opposer au cessionnaire, *porteur de la promesse*, le payement qu'il a fait au cédant avant l'échéance. (Brux., cass., 3 juill. 1827; *J. de Br.*, 1827, 2e, page 84.)

[9] Trib. de cass., 10 messidor an 11 (S.-V., 3, 1, 370); — cass., 2 prairial an 13 (S.-V., 5, 1, 191); — Brux., 30 mars 1809 (S.-V., 9, 2, 276); — Turin, 31 mars 1813 (S.-V., 14, 2, 181); — cass., 20 janv. 1814 (S.-V., 14, 1, 195); — Lyon, 22 mars 1825

lettre de change, sans remise réelle d'un lieu sur un autre c'est-à-dire *sans contrat de change* [1].

12. *Lettres de change imparfaites par incapacité des contractants ou par supposition.* — Après avoir expliqué les conditions qui constituent l'acte de commerce appelé lettre de change, il nous reste à rechercher les circonstances qui lui enlèvent cette nature commerciale.

L'art. 631 du Code de comm. dispose que les tribunaux de commerce connaîtront, *entre toutes personnes*, des contestations pour actes de commerce ; à son tour l'art. 632, empruntant les mêmes expressions, déclare que l'on doit réputer actes de commerce, *entre toutes personnes* [2], les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place.

Il faut entendre ces mots : *entre toutes personnes*, dans un sens logique, et en les combinant avec les autres principes généraux et particuliers de la loi. Il est des personnes qui à raison de leur état, de leur profession ou de leur âge, se trouvent privées non *du droit* de négocier des lettres de change, mais de *l'exercice de ce droit.* Parmi elles sont les femmes mariées non marchandes publiques, et les mineurs.

1° *Lettres souscrites par les femmes mariées.* — La loi a voulu garantir les femmes contre les fâcheuses conséquences que pouvaient entraîner leur faiblesse. Lorsqu'elles sont mariées, les engagements, même civils, qu'elles contractent sans l'autorisation de leur mari sont radicalement nuls. (Art. 217 du Code civ.) A plus forte raison en est-il ainsi de leurs engagements commerciaux.

Il était aussi d'une sage législation de mettre ces personnes à l'abri des propres désordres de leur mari : entraînés par de mauvaises affaires, abusant de l'inexpérience de leur femme, des négociants, pour échapper à des poursuites rigoureuses, auraient pu solliciter d'elles non-seulement le sacrifice de leur fortune, mais encore celui de leur liberté, en leur arrachant des obligations commerciales, des lettres de change. L'art. 113 du Code de comm. prévoit et empêche cet abus. Il dispose que « la signature des » femmes et filles non négociantes ou marchandes publiques, ne vaut à leur égard que » comme simple promesse. » Cet article est la consécration de principes dès longtemps reconnus. Bouchel, en sa *Bibliothèque du droit*, nous apprend que » l'acceptation donnée par la femme » sur une lettre du mari est sujette à rescision » comme une autre simple promesse, comme il » fut jugé par arrêt de Paris, donné pendant les » troubles, plaidants Chauvelin et Choppin, le » 13me jour d'août 1592. » (Voir au mot *Accep-* » *tation*, t. Ier, p. 17.)

Suivant l'art. 5 du Code de comm. et l'article 220 du Code civ., « la femme, si elle est mar- » chande publique, peut, sans l'autorisation de » son mari, s'obliger pour ce qui concerne son » négoce, et, audit cas, elle oblige aussi son » mari, s'il y a communauté entre eux. »

2° *Lettres souscrites par les mineurs.* — Pour les mineurs, les principes sont, en cela, les mêmes, reposent sur les même motifs, et aboutissent à des résultats analogues. L'ordonnance de 1673, tit. Ier, art. 6, portait que : « Tous négociants et marchands en gros et en détail, comme aussi banquiers, sont réputés majeurs par l'effet de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité. » — Le Code civil admet ces principes, art. 1308 : « Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art. »

Après avoir ainsi garanti les droits des tiers contre les mineurs légalement réputés capables, la loi garantit ceux des mineurs réputés incapables, et c'est à ces fins que l'art. 114 du Code de comm. ajoute : « Les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties, conformément à l'art. 1312 du Code civ. » C'est-à-dire sauf les droits pour le mineur de répéter ce qu'il a payé, et sauf le droit de celui qui a contracté avec lui de répéter ce que le mineur a reçu et qui a tourné à son profit.

3° *Lettres de change imparfaites par supposition.* Chacun des caractères indiqués dans l'art. 110, répondant à un besoin, ce serait vainement qu'ils existeraient sur la figure extérieure de la lettre de change, s'ils n'étaient pas l'expression de la véritable convention des parties. Pour protéger dans leurs intérêts les hommes faibles et prodigues, le législateur a voulu de la sincérité dans les énonciations substantielles des lettres de change, et il en a condamné les suppositions. Nous venons d'expliquer quelques-unes des causes qui, suivant les art. 113 et 114, empêchent la lettre d'acquérir sa perfection ; il reste à constater celles consignées dans l'art. 112.

(S.-V., 26. 2. 131) : — Paris, 8 juillet 1826 (S.-V., 27, 2, 204) ; — Paris, 30 août 1836 (S.-V., 37. 2, 368).

[1] Toulouse, 6 mars 1830 (S.-V. 30, 2, 160) ; — Toulouse, 20 juin 1835 ; — Toulouse, 4 juillet 1835 ; — Montpellier, 19 mars 1836 (S.-V., 40, 2, 58) ; — Cass., 10 juillet 1839 (S.-V., 39, 1, 727) ; — Paris, 6 nov. 1840 (S.-V., 41. 2. 120) ; — Paris, 3e chambre, 12 déc. 1840 ; — Paris, 1er avril 1841 (S.-V., 41, 2, 416) ; — Paris, 8 mars 1842 (S.-V., 42, 2, 519) ; — Locré, note 7, sous l'art. 110, page 342 ; — Pardessus, no 339 ; — E. Vincens, no 17 ; — Merlin, vo *Lettre de change*, tome VII, § 2, page 401 ; — *mon Traité sur les lettres de change*, tome Ier, pages 103 et 104. *Voyez* aussi une dissertation de Massé, sur Devilleneuve, 1839, I, 737.

Une lettre de change qui n'énonce pas la valeur fournie par le porteur d'ordre ou tireur, si elle est tirée d'un lieu sur un autre, n'en contient pas moins remise de place en place, bien que l'endossement qui, par sa régularité, doit la rendre parfaite, soit daté du lieu même où elle est payable. (Art. 110, Code de comm.) (Gand, 5 juill. 1844.)

[2] Le billet à ordre peut être créé entre personnes étrangères au commerce et pour des créances purement civiles. (Brux., 18 janv. 1837 ; *J. de Br.*, 1837, page 495.]

On distingue quatre espèces de suppositions prohibées. Ce sont : 1° La supposition de *nom*, 2° la supposition de *qualité*, 3° celle *de domicile*, 4° celle *de la valeur fournie*. L'art. 112 est muet sur cette dernière supposition, mais, par application des principes généraux et de l'article 110, comme les autres, elle altère la lettre de change, et a pour effet de la rendre simple promesse [1].

Les lettres de change contenant des suppositions sont réputées simples promesses : cela ne veut pas dire qu'elles soient, dans tous les cas, frappées de nullité. Il appartient aux juges, pour déterminer leurs effets, de rétablir les choses au vrai. La seule règle qu'ils puissent considérer comme équitable est celle-ci : constater la supposition, la faire cesser, et, envisageant la traite sous ce point de vue réel, mettre à la place de l'énonciation supposée, l'énonciation conforme à la sincérité des faits. (Locré, note sous l'art. 112.)

Toutes personnes intéressées, même l'auteur de la supposition, peuvent s'en prévaloir. Cependant cet auteur de la supposition ne peut l'opposer au tiers porteur de bonne foi [2].

Dans l'origine, comme il existe un titre ayant la forme extérieure d'une lettre de change, les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur l'exception de supposition ; mais une fois cette supposition constatée, une fois l'acte redevenu ce qu'il aurait dû être, la juridiction est déterminée par la nature particulière et sincère de cet acte lui-même.

Les suppositions peuvent être démontrées par toute espèce de preuve, même par l'interrogatoire sur faits et articles, par le serment, par la preuve testimoniale.

Nota. — Voir sur cette matière des suppositions notre *Traité de la lettre de change*, tome Ier, p. 149 à 162, où elle est traitée avec étendue.

13 Nous venons d'esquisser à grands traits les caractères constitutifs et les caractères exclusifs de la lettre de change. Traitant des actes de commerce, nous avons dit les règles fondamentales de l'un des actes qui appartient à la nombreuse famille de ces actes. Au livre III, spécialement consacré à la compétence des tribunaux de commerce à raison de la matière, nous développerons ces principes généraux ; mais nous ne saurions, sans nous laisser emporter hors de notre sujet, continuer l'exposé des règles relatives aux divers contrats qui se mêlent à la convention de change. — Pour être fidèle à notre plan, nous devons agir de même pour le billet à ordre. — Le présenter dans cette seule partie de ses rapports qui le rapproche ou l'éloigne des actes de commerce, tel est le but de la prochaine section.

DEUXIÈME SECTION.

Du billet à ordre.

SOMMAIRE.

1. Utilité du billet à ordre, qui touche à la lettre de change par beaucoup de points de contact.
2. Différences entre la lettre de change et le billet à ordre. — Dans ce dernier effet, il n'existe point de tiré.
3. Par conséquent, il n'y a pas d'acceptation à réclamer.
4. Dans le billet, qui est en quelque sorte cosmopolite, il n'y a pas remise d'un lieu sur un autre. — Par conséquent, à la différence de la lettre de change, le billet n'est point, par lui-même, un titre commercial. — C'est sa cause qui détermine ses effets.
5. La présomption de commercialité atteint les billets faits par les commerçants.
6. Dispositions de la loi qui rendent communs au billet à ordre les principes de la lettre de change. — Renvoi à ces principes.

1. De tous les effets de commerce, le billet à ordre est incontestablement, après la lettre de change, le plus répandu. Utile auxiliaire qu'attendait la lettre de change, il forme le complé-

[1] Merlin, *Add.*, § 2, n° 2 *bis*, page 652 ; — Horson, quest. 52, page 178 ; — Dalloz, v° *Effets de comm.*, tome XII, page 211.

[2] Paris, cass., 18 mars 1819 ; Sirey, 20, 1, 49. (Brux., 30 déc. 1814, 8 janv. 1819, et Brux., cass., 12 fév. 1822. Gand, 5 juill. 1844.)

ment de l'ingénieux système des effets négociables, et crée sur chaque place une banque de circulation au plus haut point féconde. Toutefois, quand on a parlé avec soin de la lettre de change, quand on a soumis à une minutieuse analyse les divers contrats qu'elle renferme, et qu'on s'est pénétré de leur esprit, il reste peu de chose à dire sur le billet à ordre. Tant de points de contact unissent ces deux actes importants, que les grands principes sont les mêmes et que leurs conséquences sont presque toujours identiques.

2. Il existe pourtant entre la lettre de change et le billet à ordre deux différences capitales, qui constituent une ligne de démarcation s'opposant à toute confusion.

Dans la lettre de change, l'auteur du titre, le tireur, n'est pas celui qui doit en payer le montant. Aussi écrit-il à son correspondant : *Payez* ou *Il vous plaira payer*. Il faut donc, pour que la lettre de change soit parfaite, le concours de trois personnes : du tireur, qui reçoit la valeur; — du preneur, à qui on la remboursera plus tard en un autre lieu et qui l'a fournie; — du tiré, qui est le payeur désigné.

Dans le billet à ordre, au contraire, la personne qui le crée, et que l'on appelle *souscripteur*, s'oblige à restituer, à une époque convenne elle-même, et sans le secours d'un intermédiaire, le montant du billet dont il a reçu la valeur. Aussi il dit : *Je payerai* [1]. Dans ce titre, la présence de deux personnes seulement est nécessaire : il doit exister un souscripteur et un bénéficiaire.

Voilà la première différence que nous révèle l'inspection des deux effets négociables dont s'agit.

3. Cette différence domine toute la matière.

Du moment où il n'existe point de tiré dans le billet à ordre, on est naturellement amené à comprendre pourquoi le législateur n'a rappelé aucune des dispositions concernant cette tierce personne. Pas d'acceptation à réclamer ou à fournir, pas de provision à déposer, puisque le souscripteur est ce même contractant, qui, recevant la valeur de la part du preneur, doit la lui rembourser directement : partant, point de règles sur ces deux sujets.

C'est en ce sens qu'il faut interpréter l'art. 187.

4. La seconde observation, qui ressort de la comparaison entre la lettre de change et le billet à ordre, est également grave.

La lettre de change, et c'est la condition impérieuse de son existence, contient toujours remise d'argent d'un lieu sur un autre; elle constitue le moyen d'action le plus utile au commerce extérieur ; elle liquide les transactions de ville à ville, de pays à pays : elle est cosmopolite. Le billet à ordre, au contraire, sauf une exception, dont nous parlerons plus bas, agit dans une sphère moins étendue. Au lieu de servir d'instrument au commerce de l'univers, il est en quelque sorte sédentaire, et concentre ses effets dans l'intérieur d'une localité.

On aperçoit facilement la portée de cette observation.

Précisément à raison de ce transport fictif de l'argent, le contrat de change a été considéré, de tout temps, comme constituant par lui-même une opération commerciale. Quelle que soit la nature de la valeur fournie, la participation à une lettre de change vaut acte de commerce.

Il ne pouvait en être ainsi dans le billet à ordre. Ici, on ne rencontre pas ce transport d'argent, et il devient indispensable de rechercher quelle fut l'origine du titre, et quelle personne lui a donné naissance. Si la cause est purement civile, ses effets sont régis par la loi civile : si la cause est commerciale, il est soumis à la loi commerciale, de même que tous les actes de semblable nature.

5. Disons tout de suite que les billets faits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, s'ils ne portent pas dans leur contexte la preuve du contraire.

6. Voici comment l'art. 188 du Code de comm. détermine les énonciations substantielles du billet à ordre.

« Le billet à ordre est daté.

» Il énonce la somme à payer, le nom de celui à l'ordre de qui il est souscrit, l'époque à laquelle le payement doit s'effectuer, la valeur qui a été fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière. »

Ces caractères seraient incomplets si l'on ne se hâtait de rapprocher de cet article l'art. 187, qui le précède.

« Toutes les dispositions relatives aux lettres de change, et concernant l'échéance, l'endossement, la solidarité, l'aval, le payement, le payement par intervention, le protêt, les devoirs et droits du porteur, le rechange ou les intérêts, sont applicables aux billets à ordre, sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par les art. 636, 637 et 638. »

On le voit, par ces dispositions inséparables, le législateur embrasse d'un coup d'œil les rapports intimes qui unissent le billet à ordre à la lettre de change. Il indique également, par son silence, leurs dissemblances, qui consistent, nous venons de le dire, dans l'absence du tiré et de la remise d'un lieu sur un autre ; pour avoir des notions certaines sur les règles en matière de billet à ordre. il suffit donc de se rappeler les principes émis à l'occasion de la lettre de change.

---

[1] « Les billets, en Italie, sont communément appelés des *vaglia*, comme nous disons des bons, parce qu'ils commencent par ces mots : *vaglia per....* (bon pour...). Dans quelques villes, on les appelle aussi des *pagherò* (je payerai). » (E. Vincens, chap. XI, nº 7, page 374).

TROISIÈME SECTION.

Du billet à domicile ou remise d'argent de place en place.

SOMMAIRE.

1. Définition et but du billet à domicile.
2. Discussion au corps législatif, en 1807, sur la proposition de reconnaître les billets à domicile.
3. Caractère particulier du billet à domicile. — D'une part, il ne peut être confondu avec la lettre de change. —Citation contraire de Fuleman : renvoi à mon *Traité de la lettre de change*. D'autre part, il ne peut être assimilé au billet à ordre.
4. Quels sont les effets du billet à domicile ?— Discussion approfondie : citation des anciens auteurs. — Citation des auteurs modernes.
5. Le billet à domicile n'est commercial que lorsqu'il contient remise d'argent de place en place.
6. Le souscripteur du billet à domicile n'est pas libéré, comme cela aurait lieu en lettres de change, par le défaut de poursuites de la part du porteur, qui, s'il avait agi, aurait, à l'échéance, trouvé au domicile indiqué provision pour acquitter le titre. — Opinion de E. Vincens et Pardessus.
7. L'indication de domicile vaut élection de domicile, et autorise les poursuites au lieu indiqué.
8. Solutions consacrées par la jurisprudence.

1. Le billet à ordre se rapproche de la lettre de change par la simplicité des formules employées dans son contexte, et par cette dérogation au droit civil qui, dispensant le cessionnaire de la formalité de la signification du transport, rend le titre susceptible de circuits d'endossements et permet sa translation aussi rapide qu'avantageuse.

Il peut faire plus : au moyen d'une clause accessoire il peut réaliser et mettre en action le contrat de change avec autant de netteté, de force et de promptitude que la lettre de change elle-même.

L'art. 111 permet de tirer sur un individu des lettres de change payables au domicile d'un tiers. Souvent le souscripteur d'un billet à ordre, s'emparant aussi de cette faculté, désigne comme lieu du payement un autre domicile que le sien. Ce billet perd alors son nom de billet à ordre pour revêtir celui de *billet à domicile*.

Voici quel est le but de ce billet : Je fais à Paris des emplettes de marchandises ou d'objets à mon usage personnel ; je m'oblige à les payer à une époque convenue ; mais à cette époque, je ne serai plus à Paris, je me trouverai à Lyon. Je confectionne un billet daté de Paris, et payable à Lyon, et par là je m'impose l'obligation de faire trouver en cette dernière ville les fonds servant de provision à mon engagement : je fais une opération beaucoup plus complexe que celle que l'on aperçoit dans le billet à ordre proprement dit, et qui suppose l'emploi de moyens commerciaux.

2. Contemporain de l'ordonnance de 1673, le billet à domicile acquit bientôt une véritable importance ; car Pothier nous atteste que de son temps, il était d'un grand usage.

Le législateur de 1807, trouvant cet effet de commerce en possession de la confiance publique, songea à régulariser sa confection ; dans son premier projet, il était dit à l'art. 186 (aujourd'hui l'art. 188) : « Le billet à ordre peut » être payable au domicile d'un tiers résidant » dans un autre lieu.

» Dans ce dernier cas il est billet à domicile. »

Devant le corps législatif, la suppression de ces deux paragraphes fut demandée : il était inutile, pensait-on, d'établir une nouvelle série d'effets négociables, les billets à domicile ne différant des billets à ordre qu'en ce qu'ils sont payables dans un autre lieu. Sur cet amendement il intervint une discussion dont il faut donner les termes :

« Jaubert dit que, dans dans l'art. 1er (du livre IV, au titre *de la Compétence des tribunaux de commerce*, c'est-à-dire dans l'art. 632), on a oublié d'appliquer aux billets à domicile la disposition relative aux billets à ordre. Le conseil, en effet, a adopté dans toute son étendue, et à l'égard des billets à ordre de toute nature, le principe que le signataire n'est pas contraignable par corps, lorsqu'à son nom il ajoute sa qualité civile. Or, les billets à domicile sont de véritables billets à ordre qui ne diffèrent des autres qu'en ce qu'ils sont payables dans un lieu différent de celui où ils ont été faits; on doit donc, pour rentrer dans la décision du conseil, retrancher tout ce qui tendrait à assimiler les billets à domicile à la lettre de change.

« L'archichancelier dit que l'intention du

conseil a été celle que vient d'exprimer Jaubert. Les billets à domicile ne peuvent avoir que les effets des billets à ordre : qu'on ne les supprime pas puisqu'on prétend qu'ils sont en usage dans le commerce; mais il faut qee si d'autres personnes veulent s'en servir, elles le puissent, sans s'exposer à la contrainte.

» Cretet dit que la section est d'accord sur ces principes; c'est par inadvertanee qu'on a laissé subsister dans la rédaction quelques traits qui paraissent les contrarier.

» Bérenger dit qu'il est inutile de parler particulièrement des billets à domicile, puisque rien ne les distingue des billets à ordre.

» Bégouen consent à ce qu'on n'en parle pas dans l'art. 1er, mais il lui semble qu'il est indispensable de dire dans l'art. 186 (188), que ses dispositions sont applicables à tous les billets à ordre, qu'ils soient ou ne soient pas à domicile.

» Jaubert dit que cette disposition se trouve dans l'art. 121 (123 du Code).

» Regnaud de St.-Jean-d'Angely pense qu'on doit conserver la dénomination de *billets à domicile*, puisque ces billets sont en usage, mais en faisant sentir qu'on ne les distingue pas des billets à ordre.

» *Le conseil* arrête qu'il ne sera pas fait mention des billets à domicile [1]. »

Ainsi, à la suite de ces explications hostiles au billet à domicile, le conseil, sans formuler de motifs, arrête purement et simplement qu'il ne sera pas fait mention spéciale de ces effets de commerce.

Malgré cette décision, ces billets, dont la circulation est fondée sur un besoin réel, ont pris un essor nouveau et sont devenus l'une des bases du crédit privé.

Il est donc d'un haut intérêt de leur attribuer un caractère et de préciser leurs effets.

3. De même que le billet à ordre proprement dit, le billet à domicile emploie cette formule : *Je payerai*. C'est l'expression caractéristique de cette nature d'actes. Le contrat intervient entre deux personnes seulement, entre le confectionnaire, qui, recevant actuellement, doit rembourser postérieurement, et le bénéficiaire, qui, fournissant la valeur, doit à l'échéance recevoir les fonds. Il suit de là que le billet à domicile ne peut être confondu avec la lettre de change, dans laquelle le tireur dit : *Payez*, et qui contient, outre les deux contractants dont nous venons de parler, la participation d'un tiers chargé de compter l'argent à l'époque stipulée.

Peut-être serait-il possible de dire que la loi ne détermine nulle part cette forme spéciale; qu'elle ne prescrit pas le concours d'un tireur, d'un preneur et d'un tiré, et qu'on peut donner le nom de lettre de change à tout acte renfermant ces caractères substantiels.

A cette objection nous répondrions que l'article 110, judicieusement interprété, ordonne le concours de trois personnes; qu'en effet, il exige non-seulement *l'ordre au profit d'un tiers*, mais encore *le nom de celui qui doit payer*, ce qui suppose nécessairement que *celui qui doit payer* est autre que le tireur, dont le nom se trouve déjà sur le titre. Nous ajouterions que le même art. 110 autorise spécialement le tireur à cumuler la qualité de porteur, et que s'il eût voulu permettre une semblable confusion pour la qualité du tiré, il n'eût pas oublié d'en faire la mention expresse. Qu'avec le système contraire, on arriverait à des conséquences absurdes, puisque le tireur pourrait s'affubler à la fois des qualités de preneur, de tiré et de tireur, et constituer ainsi à lui tout seul la lettre de change.

Enfin, nous ferions remarquer que les usages tiennent lieu de loi lorsqu'ils ne heurtent pas ses dispositions, et que dans tous les pays les lettres de change, rédigées en forme de missive, contiennent un mandat donné par le tireur à une tierce personne.

Le billet à domicile ne peut donc pas être appelé lettre de change [2].

D'un autre côté, l'on ne saurait, sans une grave erreur, assimiler le billet à domicile au billet à ordre. Leurs formes sont les mêmes, il est vrai, mais une différence seule suffit pour faire ressortir une nuance bien tranchée. Si le billet à domicile s'éloigne de la lettre de change par la forme, il s'en rapproche par le fond. La plus importante opération de la lettre de change, celle qui en fait un instrument si admirable, c'est le transport fictif de l'argent, c'est la remise de place en place. Or cette condition, qui manque au billet à ordre, se manifeste au plus haut degré dans le billet à domicile, et contient le secret de son existence.

Ainsi le billet à domicile est autre chose que le billet à ordre.

Cette double incompatibilité nous démontre que le billet à domicile a une nature particulière; qu'il appartient par beaucoup de liens à la famille des billets à ordre; qu'il se rapproche avec plus d'intimité encore de la lettre de change; mais que, distinct de ces deux actes, il eût mérité la place exceptionnelle que lui accordait le projet primitif du Code de commerce.

4. Maintenant, attachons-nous à discerner les effets de ce billet.

[1] Locré, *Législation commerciale de la France*, tome XVIII, part. 2, *élém. du comment.* VII. »

[2] Cependant Pohlman lui donne ce nom. En son *Traité sur les lettres de change*, il dit, chap. IV, page 86 : « Il arrive qu'un tireur fait une lettre par lui-même, alors il stipule sur sa lettre, *je payerai* » Voir, au surplus, dans mon *Traité de la lettre de change*, liv. III, chap. 1er, 4e section, no 4, pages 85 et 86, mes observations à ce sujet.

Si un fait commercial lui donna naissance, aucune difficulté ne peut s'élever. Dans ce cas, le billet à ordre lui-même (et le billet à domicile n'a jamais moins de valeur que le billet à ordre) jouirait de la faveur attachée anx contrats commerciaux.

Mais si le billet à domicile a pour cause une affaire purement civile, entraînera-t-il de droit, et par la seule force de la remise d'argent d'un lieu sur nn autre, la compétence des tribunaux de commerce et la contrainte par corps?

Cette grave question mérite un sérieux examen

Le premier document à consulter, c'est la discussion au corps législatif. Pourquoi le dissimuler? les orateurs qui prirent part à cette discussioo, inclinèrent tous à cousidérer le billet à domicile comme un simple billet à ordre, et après leurs observations, la mention spéciale accordée par le projet fut biffée.

On ne saurait le méconnaître, il résulte de cette décision la preuve que le législateur n'a pas consenti à créer une exceptioo formelle en faveur du billet à domicile. Mais les discussions, si elles expliquent la portée de la loi, ne peuveot avoir la puissance de la remplacer; faut-il en conclure que la loi a entendu priver le billet à domicile des avantages que les coutumes commerciales établissaient eu sa faveur? Ce n'est point légèrement, et sur quelques observations dépourvues de ce travail qui en fait le prix, ce n'est pas au moyen d'une solution négative, que le législateur infirme des traditions dès longtemps consacrées. Lorsqu'il veut apporter une modification à des principes existants, il agit par une voie directe, et la mesure adoptée à l'égard des billets à domicile ne doit avoir d'autre conséquence que de les replacer dans la position où les avait laissés l'ordonnance de 1673, et dont on avait essayé de les faire sortir en 1807. Encore une fois, refuser de proclamer la natnre particulière de billets à domicile, ce n'est pas interdire au commerce et anx tribunaux le droit de la reconnaître; c'est seulement laisser les choses dans leur entier sans leur faire faire nn pas en avant ou en arrière.

Cela bien compris, voyons quelles étaient, en matière de billet à domicile, les principes sous l'ancienne législation, et quels principes sont en vigueur sous la législation nouvelle.

L'édit de 1673, muet sur les billets à ordre et sur les billets à domicile, attribuait aux juges et consuls la décision des litiges concernant les lettres et billets de change, et autorisait dans ce cas la contrainte par corps. Malgré ce silence complet, le billet à domilice participa, dès son apparition, aux mêmes privilèges.

Pothier ne laisse aucun doute à cet égard, lorsque, après une définition du billet à domicile, il s'exprime ainsi : « Il résulte de cette définition que ce billet renferme le contrat de change, de même que la lettre de change, et qu'il est de même nature.... Les billets entre marchands et traitants donnent au propriétaire du billet, lorsqu'il n'est pas acquitté, les mêmes droits contre ceux qui l'ont fourni que donnent les lettres de change. » (Part. II, art. 1er, § 4, n° 215, p. 371.)

C'est avec raison que cette assimilation fut faite.

La cause qui a fait environner la lettre de change de tant de privilèges, celle qui a fait attacher à son exécution, et la contrainte par corps et la juridiction commerciale, c'est l'utilité que le commerce tire de son emploi; c'est la facilité qu'elle donne de faire circuler les capitaux sans risques et sans frais. Toutes les fois qu'uo titre présentera cette facilité, et qu'il sera cessible sans les minutieuses formalités du Code civil, il renfermera le contrat de change et méritera de jouir de ses avantages.

Si le billet à domicile contient cette double condition à un degré aussi certain que la lettre de change, pourquoi ne l'aurait-on pas élevé au même niveau, entouré de la même sollicitude? Pourquoi attribuer des effets différents à deux actes empreiots de la même origine et concourant au même but?

Les docteurs sentirent que cette distinction ne serait pas logique, et les esprits les plus graves s'unirent pour la repousser. Parmi eux se rencontrent Du Puy de la Serra, ch. 4, n° 22, p. 399; Nicodème, p. 247; Fuleman, p. 143 et 180; Leclerc, p. 233; et Pothier, déjà cité.

En peut-il être autrement sous l'empire du Code de commerce?

Les prescriptions de la loi font au contraire un devoir de confirmer la doctrine des anciens auteurs. Au lieu d'imiter le silence de l'édit de 1673, le Code contient un article remarquable, et qui éclaire la question. S'il a refusé au billet à domicile une place ostensible, d'un autre côté il dispose dans l'art. 632, que l'on doit réputer acte de commerce *toute opération de change*, et *entre toutes personnes* les lettres de change *ou remises d'argent faites de place en place.*

Cela est fort clair: l'opération de change, la remise d'argent de place en place, et non pas seulement la lettre de change, constituent un acte de commerce; toute la difficulté consistera donc à rechercher si, en fait, le billet à domicile présente l'opération de change, la remise de place en place.

L'opinion des auteurs modernes est presque unanime pour adopter ce système. Voici comment ils s'expriment :

Pardessus, *Cours de droit commercial*, n° 480 ou 481 :

« Ces billets peuveot quelquefois être faits pour une valeur comptée dans un lieu et payable dans un autre. Ils ont alors un des caractères de la lettre de change, *la remise;* mais on a vu, n° 325, qu'ils n'étaient pas pour cela lettres

de change. On les nomme vulgairement *billets à domicile, et ils sont, par la nature même de l'opération, des actes de commerce.* »

E. Vincens, chap. 11, n° 5, p. 368 :

« Une autre espèce de billets emporte aussi la remise de place en place, c'est celui par lequel le souscripteur promet de payer dans une autre ville que sa résidence, comme le Lyonnais qui négocie sa promesse de payer dans Paris. *Proprement c'est une lettre de change sur un payeur* (domiciliataire) *auquel le tireur se réserve que le porteur ne pourra demander l'acceptation avant l'échéance.* »

Merlin, *Répert.* v° *Ordre* (*Billet à*), § 2, p. 838, s'approprie la définition de Pothier et les conséquences qu'il en tire ; puis dans ses *Questions de droit*, au mot *Billet à domicile*, p. 316, il soutient que sous l'empire de l'ordonnance de 1673, les endosseurs d'un billet à domicile étaient, comme les endosseurs d'une lettre de change, tenus de justifier de l'existence de la provision pour exciper du défaut de protêt en temps utile. Pour le prouver il dit :

« Comment cherche-t-on à éluder cette conséquence ? En confondant deux choses très-différentes, qui sont le billet à ordre et le billet à domicile, et en distinguant deux choses *très-identiques*, qui sont le billet à domicile et la lettre de change.

. . . .

» Et qu'on ne dise pas que dans la lettre de change il faut le concours de trois personnes, au lieu que dans le billet à domicile il n'en intervient que deux, etc. »

Horson, t. 1er, questions 33 et 35 :

« Cet effet n'est-il qu'un simple billet à ordre ? Il est quelque chose de plus *relativement au souscripteur ;* celui-ci a reçu la valeur du titre dans un lieu, et il s'est obligé de la faire compter à l'échéance dans un autre lieu. Il y a donc là *opération de change*, et dès lors engagement commercial, aux termes de l'art. 632, d'où nous concluons que le souscripteur, même non commerçant, serait, à défaut de payement, passible de la contrainte par corps. »

Frémery, *Études de droit commercial*, ch. 16, page 98 :

« Le billet à domicile est une expression aussi nette et aussi exacte du contrat de change, que la lettre de change elle-même ; il en atteste même bien mieux la sincérité, car on n'y trouve point la signature d'un accepteur, qui fait de la lettre de change un moyen pour le tireur d'user de son crédit. Nos tribunaux consulaires sont donc bien fondés dans l'état actuel de la législation à se déclarer compétents et à prononcer la contrainte par corps contre le confectionnaire. »

5. On a dit : Si la lettre de change et le billet à domicile doivent avoir les mêmes effets, pourquoi faire deux catégories et ne pas couvrir du même nom deux actes qui s'identifient par leurs résultats ?

Il est à cette objection une réponse facile :

Le billet à domicile ressemble à la lettre de change quand il contient opération de change ; mais cette opération ne se rencontre pas toujours : souvent le confectionnaire indique un domicile autre que le sien, mais situé dans le même lieu. Ainsi, je souscris à Paris un billet payable en ce lieu ; mais à l'époque de l'échéance je n'y serai pas, je charge un ami de cette ville de le payer et j'indique son domicile comme lieu de payement. Quoiqu'il y ait dans cet acte billet à domicile, on ne retrouve pas la remise de place en place. On ne pouvait par conséquent assimiler dans tous les cas à la lettre de change le billet à domicile, qui s'en écarte parfois.

6. Ceux qui ont reconnu dans le billet à domicile les caractères essentiels et les principaux effets de la lettre de change, ont poussé leur opinion à l'excès. Ils ont soutenu que le souscripteur qui a envoyé les fonds au domicile élu est libéré, si le porteur n'a pas fait à l'échéance dresser le protêt faute de payement. Ils ont appuyé cette thèse sur l'art. 170, qui, dans cette position, déclare le porteur d'échu à l'égard du tireur d'une lettre de change.

Peu de mots suffiront pour démontrer que cette doctrine doit être repoussée.

En principe, on ne peut étendre une déchéance d'un cas à un autre, à moins qu'il ne s'agisse dans les deux espèces d'actes identiques et placés par la loi dans les mêmes conditions.

Si donc le billet à domicile diffère de la lettre de change par de notables différences, on ne pourra baser le système que nous examinons sur l'art. 170 relatif à ce dernier titre.

Dans la lettre de change, le tireur annonce au preneur et à ses cessionnaires qu'à l'échéance il ne remboursera pas les fonds en personne ; qu'un tiers est chargé de payer et qu'il sera poursuivi seulement à défaut d'accomplissement de la mission donnée à son mandataire. Il écrit au tiré pour l'investir de cette commission, et sa missive, remise ouverte au preneur, dit : *Payez à l'ordre d'un tel.* Il résulte de ce que le tiré est partie intégrante dans la lettre de change, que le porteur peut réclamer son acceptation ; que le porteur doit équitablement lui demander la provision, constater son refus par acte extrajudiciaire, et remplir de salutaires formalités, afin que le tireur prévenu prenne ses mesures pour éviter l'insolvabilité du détenteur de la provision.

Dans le billet à domicile rien de pareil ne se rencontre. Le confectionnaire du titre s'impose à lui-même l'obligation de l'acquitter ; s'il désigne le domicile d'un tiers, ce n'est pas pour faire remplir à ce tiers l'office de payeur, c'est dans le but unique d'instruire le porteur que les diligences devront être faites au lieu déterminé. Il cumule ainsi les qualités de souscripteur et de payeur, et il ne peut être astreint à

faire la provision, car il se la fournirait à lui-même. Si le confectionnaire du billet était seulement souscripteur, il pourrait se dire libéré quand il a envoyé les fonds chez le domiciliaire et accompli ainsi ses devoirs. Mais comme il est en même temps payeur, en retenant la provision affectée à une destination spéciale, il se soumet à la responsabilité qu'encourt non plus le garant, mais bien le débiteur principal.

D'où la conséquence que les principes relatifs à l'acceptation et à la provision, que les exceptions qu'ils engendrent, et notamment la déchéance de l'art. 170, ne sauraient dominer la matière du billet à domicile.

Le législateur l'a si bien entendu, il a tellement considéré que le souscripteur d'un billet à domicile ne pouvait être confondu avec le tireur d'une lettre de change, que dans l'énumération des règles communes à ces deux effets, il a supprimé celles sur l'acceptation et sur la provision.

Telle est, au surplus, la doctrine enseignée par Pardessus, *Cours de droit commercial*, n° 481, et E. Vincens, chap. 11, n° 5, page 569.

7. La clause par laquelle le souscripteur d'un billet déclare qu'il payera dans un autre domicile que le sien, a encore pour résultat de valoir, à son égard, élection de domicile. Une semblable clause autorise le porteur à faire protester au domicile élu, et à poursuivre son débiteur devant le tribunal de ce lieu. Ces principes s'appliquent ici dans toute leur force.

8. *Jurisprudence.* — 1° Le billet à domicile est d'une nature différente que les lettres et billets de change. — Il n'emporte pas la contrainte par corps, s'il n'a pas pour cause une opération de commerce [1].

2° En tous cas, pour que le billet à domicile entraîne la juridiction commerciale, il faut, impérativement, que le lieu où il est souscrit et le lieu où il est payable soient places de commerce, ainsi que le dit l'art. 632 du Code de comm. [2].

3° L'art. 16 du titre V de l'ordonnance de 1673, qui rend les tireur et endosseurs responsables, dans tous les cas, s'ils ne prouvent la provision à l'échéance, ne s'applique pas aux billets à domicile [3].

4° Le domicile indiqué par le souscripteur d'un billet à domicile pour son payement, est un domicile élu pour recevoir l'assignation [4].

5° Cette élection de domicile n'autorise pas la signification d'un acte d'appel dans ce lieu, si ce n'est le domicile réel du souscripteur [5].

QUATRIÈME SECTION.

Des mandats.

SOMMAIRE.

1. L'usage des mandats est un véritable abus. — En quoi il consiste. — Discussion sur les droits du porteur de semblables titres.
2. Proposition de les admettre, rejetée par la chambre des députés.
3. Arrêt de la cour de Rouen

[1] Colmar, 14 janv. 1817 (S.-V., 18, 2, 125); — cass., 31 juill. 1817 (S.-V., 18, 1, 299). — Solution implicite); — Lyon, 21 juin 1826 (S.-V., 27, 8, 256); — Bordeaux, 21 janv. 1836 (S.-V., 36, 2, 286); — Grenoble, 3 fév. 1836; — Paris, 18 août 1836 (S.-V., 36, 2. 453); — Besançon, 18 janv. 1842 (S.-V., 43, 2, 90). — Locré, *Esprit du Code de comm.*, tome 1er, page 555, et tome IV, page 188; — Favard, *Nouveau répert.*, v° *Billet à domicile*; — Orillard, n°s 443 à 449.

En sens contraire : Brux., 17 fév. 1807 (S.-V., 7, 2, 702); — cass., 1er mai 1809 (S.-V., 9, 1, 174); — Brux., 28 nov. 1812 (S.-V., 13, 2, 244). — Lyon, 8 août 1827 (S.-V., 27, 2, 258) — Bourges, 4 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 83); — Trib. de comm. de Nîmes, 11 fév. 1830. — Ce jugement est remarquable en ce qu'il a été rendu contre un conseiller à la cour royale de Nîmes; — Toulouse, 14 mai 1831 (S.-V., 31, 2, 302); — Paris, 12 nov. 1833 (S.-V., 33, 2, 598); — cass., 4 janv. 1843 (S.-V., 43, 1, 234); — Rouen, 11 mai 1843 (S.-V., 43, 2, 404); — Bordeaux, 26 mai 1843. — Paris, 14 fév. 1844. *Voy.* Orillard, n° 401.

Nota. Voir, pour l'opinion des auteurs, nos observations *suprà* et *Traité de la lettre de change*, pages 528 et 535. — Voir aussi Dennart, v° *Lettre et billet de change*, page 55, § 2; — Savary, liv. 1er, chap. 4, part. 3, tome 1er, page 811; — Boucher, *Traité du papier de crédit*, tome II, page 145; — Despréaux, n° 303.

[2] Lyon, 21 juin 1826 (S.-V., 27, 2, 256); — Lyon, 18 août 1827 (S.-V., 27, 2, 258); — Lyon, 12 mars 1832 (S.-V., 33, 2, 272).

S'il est vrai que les billets à domicile qui ont pour cause une remise d'argent de place sur place, et contiennent ainsi une opération de change, doivent être soumis à l'appréciation du juge consulaire, au vœu de l'art. 632 du Code comm., il en est autrement lorsque les billets ne sont payables dans un autre lieu que celui où ils ont été souscrits que pour la convenance du débiteur ou dans un tout autre but que celui prévu par l'article précité. Ainsi si aucun négociant n'est intervenu dans la formation d'un semblable billet, et s'il n'a point une opération commerciale pour objet, les tribunaux de commerce sont incompétents. (Brux., 21 mai 1841; *J. de Br.*, 1843, p. 546. *Voy.* Persil, *Lettre de change*, sur l'art. 187, n°s 6 et 7; Nouguier, n°s 315 et suiv.)

[3] Cass., 1er sept. 1807 (S.-V., 7, 2, 7).

Nota. La question serait la même sous le Code de comm., et devrait recevoir la même solution. — Voir notre *Traité*, page 533.

[4] Cass., 4 fév. 1808 (S.-V., 8, 1, 153); — Paris, 2 juin 1812 (S.-V., 12, 2, 345); — cass., 13 janv. 1829 (S.-V., 30, 1, 160); — Bordeaux, 4 fév. 1831 (S.-V., 35, 2, 411); — Paris, 8 juill. 1836 (S.-V., 36, 2, 367). *Voy.* Despréaux, n° 246.

[5] Turin, 29 nov. 1809 et 3 janv. 1811 (S.-V., 14, 2, 202).

1. Les usages commerciaux qui ont un résultat utile, et qui ne violent pas les dispositions de la loi, doivent être maintenus et protégés ; mais les abus qui s'introduisent dans certaines localités, sans avantage réel pour le commerce, doivent être signalés et proscrits. Parmi ces derniers, il faut ranger *les mandats*.

Dans quelques places importantes, et notamment à Paris, au Havre, et dans une partie de la Normandie, certains négociants sont dans l'habitude de faire traite pour des sommes minimes et payables à courte échéance. Les effets qu'ils tirent contiennent tous les caractères nécessaires à l'existence de la lettre de change, énumérés dans l'art. 110 ; néanmoins ils leur donnent un nom particulier ; ils les intitulent *mandats*, et ils pensent en avoir fait ainsi une catégorie spéciale d'effets de commerce : suivant eux, cette seule qualification de mandat suffit pour interdire au porteur le droit de réclamer l'acceptation.

Cette coutume, qui est inconnue dans la majeure partie des villes commerçantes, est en opposition formelle avec le texte et l'esprit de nos lois. Le Code ne reconnaît que deux espèces d'effets de commerce : les lettres de change et les billets à ordre. Toutes les traites qui renfermeront les conditions substantielles indiquées par l'art. 110, c'est-à-dire la remise d'un lieu sur un autre, le nom d'un payeur désigné, l'ordre au profit d'un tiers ou du tireur luimême, l'énonciation de la valeur fournie, etc., seront lettres de change, quel que soit le nom qu'on leur ait attribué, et procureront au porteur tous les droits qui en découlent.

Que l'on ne dise pas, à l'appui d'un usage vicieux, que les parties peuvent, au moyen de conventions particulières, déroger aux règles établies : certes, ce n'est pas nous qui nous élèverons contre ce principe, dont nous avons fait une fréquente application ; mais pour priver le porteur de la faculté si précieuse de requérir l'acceptation, il faut une exception précise et clairement formulée. Que le tireur, amoindrissant les effets du contrat de change, dise expressément dans le corps du titre, que l'acceptation ne sera ni réclamée ni fournie, c'est là une clause qui lie le porteur quand il reçoit sans réserve une lettre de change ainsi modifiée.

Dans ce cas même, il sera complétement inutile de créer de nouveaux mots pour qualifier un acte déjà classé dans les articles de la loi ; le titre s'appellera toujours lettre de change, et le nom de mandat ne lui donnerait aucune force nouvelle, ni ne la priverait de l'autorité qui lui appartient.

Jacques Lefebvre, Cunin-Gridaine et François Delessert ont voulu régulariser cet usage, ou pour mieux dire cet abus, en l'introduisant dans la loi. Ils présentèrent à la chambre des députés une proposition tendante à introduire, avant l'art. 187, la disposition suivante :

« Lorsque la lettre de change est qualifiée » *mandat de change*, dans le corps du titre, l'acceptation ne peut être exigée, et le mandat » de change ne peût être protesté faute d'acceptation. »

Cette proposition a été rejetée. — En la forme, elle avait le tort de bouleverser tout le système du Code de commerce ; au fond, elle n'avait aucun intérêt sérieux, car la puissance que l'on voulait attribuer à ces mots équivoques : *mandat de change*, est accordée au tireur, lorsqu'il en fait l'objet d'une stipulation tout aussi précise, mais beaucoup plus claire.

3. Un arrêt de la cour de Rouen, du 30 juillet 1825 (S.-V., 27, 2, 78), a consacré l'opinion que nous venons d'émettre. Voici le texte de cet arrêt :

« Attendu que le Code de commerce ne reconnaît dans les négociations commerciales que les lettres de change et les billets à ordre; que l'effet dont il s'agit renferme tous les caractères d'une lettre de change;

» Qu'un usage qui tend à induire en erreur les tiers porteurs est abusif, et ne peut être consacré par les magistrats ;

» Que d'ailleurs un usage particulier dans une ville ne peut préjudicier aux commerçants des autres villes :

» Infirme, etc. »

CHAPITRE IX.

Du commerce maritime.

SOMMAIRE.

1. Les contestations relatives au commerce maritime appartenaient autrefois aux amirautés. — Législation moderne qui les attribue aux tribunaux de commerce.

2. Dispositions de l'art. 633 du Code de commerce. — Analyse de ses diverses règles.

1. L'attribution aux juges consulaires de la connaissance des actes du commerce maritime a subi plusieurs vicissitudes.

Avant 1673, l'exécution et l'application des lois relatives à ce sujet appartenaient aux amirautés. L'ordonnance de 1673, à laquelle le commerce dut tant d'heureuses innovations, leur enleva la décision des *différends à cause des assurements, grosses aventures, promesses, obligations et contrats concernant le commerce de mer, le fret et le naulage des vaisseaux*, et l'attribua aux juges-consuls. (Titre XII, art. 7.) Cette disposition ne fut pas de longue durée. Les deux arrêts du conseil du 28 juin et du 23 juillet 1673 en suspendirent l'exécution; un troisième arrêt du 13 avril 1679, l'abrogea complétement, et l'ordonnance de 1681 confirme cette abrogation. (Titre II, liv. Ier, art. 2.)

C'est en cet état que la révolution de 1789 trouva la législation. — Alors on était convaincu de l'excellence de la juridiction commerciale; l'expérience avait été faite, et les résultats heureux obtenus déterminèrent le législateur à accroître ses attributions; aussi les tendances, dont l'ordonnance de 1673 contenait le germe furent reprises et successivement développées. La loi du 4 août 1790 restitua aux tribunaux de commerce *toutes les affaires du commerce de terre ou de mer*.

Cependant les amirautés, continuant à exercer leurs autres attributions, subsistaient encore. La loi du 13 août 1791 décréta leur suppression et disposa de nouveau que « les tribunaux de commerce connaîtraient, dans l'étendue de leurs districts respectifs ou dans l'arrondissement prescrit, de toutes affaires de commerce de terre et de mer en matière civile seulement, et sans y comprendre, quant à présent, la compétence des prises. » (Titre Ier, art. 1er)

Ainsi les tribunaux de commerce se trouvaient investis, les prises exceptées, de tout le contentieux des faits de mer.

La loi du 14 février 1793, à son tour, leur confia cette dernière source de litiges. On lit dans l'art. 1er, que « le jugement des contestations qui pourraient s'élever, soit sur la validité, soit sur la liquidation et distribution, soit sur tout autre objet relatif aux prises faites par les vaisseaux de l'État ou par les corsaires sur les ennemis de l'État, serait provisoirement attribué aux tribunaux de commerce des lieux où ces prises auraient été amenées. »

Survint la loi du 18 brumaire an 2, qui délégua au conseil exécutif provisoire le soin de décider, par voie d'administration, sur la validité ou sur l'invalidité des prises.

Enfin, l'arrêté du 2 prairial an 11 replaça de nouveau ces affaires sous la juridiction des tribunaux de commerce.

Lorsque le pouvoir judiciaire fut raffermi, lorsque des Codes vinrent remplacer ces lois éparses et si promptement abrogées, on se demanda si les prises pouvaient rentrer dans ce que l'on qualifie fait de commerce. La commission formée pour préparer le projet du Code commercial ne le pensa pas. « Les prises, disait» elle (discours préliminaire), ne pouvaient en» trer dans la composition du Code de commerce; » leur nature, leurs résultats dérivent du droit » public; elles appartiennent à la politique. Les » questions qu'elles font naître, les contestations » qu'elles produisent, doivent être soumises à » une juridiction particulière, parce qu'elles in» téressent autant les droits politiques des na» tions que les droits du commerce. »

Le silence de l'art. 633 du Code de comm. indique clairement que ce système fut accueilli.

2. Voici en quels termes cet art. 633 s'exprime en ce qui concerne le commerce de mer.

Art. 633. — « La loi répute pareillement » actes de commerce :

» Toute entreprise de constructions et tous » achats, ventes et reventes de bâtiments pour » la navigation intérieure et extérieure;

» Toutes expéditions maritimes ;

» Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et » avitaillement ;

» Tout affrétement ou nolissement, emprunt » ou prêt à la grosse;

» Toutes assurances et autres contrats con» cernant le commerce de mer ;

» Tous accords et conventions pour salaires » et loyers d'équipages ;

» Tous engagements de gens de mer pour le » service des bâtiments de commerce. »

Ces dispositions sont si claires, qu'à notre connaissance elles n'ont point donné naissance à des questions de compétence.

Le système de la loi se rapporte à plusieurs ordres d'idées :

1° Les navires de commerce sont, comme toutes autres choses, la propriété d'individus qui fondent sur leur usage un espoir de fortune; tous les actes qui auront pour but de construire ces navires, de les conserver ou d'en transmettre la propriété, sont réputés opérations commerciales; c'est à eux que s'appliquent ces expressions de la loi. *Toute entreprise de constructions et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure; tout achat et vente d'agrès, apparaux et avitaillements.*

2° Les navires ne sont point pour l'homme une propriété improductive : pour réaliser les calculs qu'il a faits sur leur emploi, il contracte afin de les mettre en état de tenir la mer, il se procure des préposés qui veillent sur sa propriété et qui la dirigent ; c'est à cette nécessité que répondent ces mots : *Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages, tous engagements de gens de mer pour le service des bâtiments de commerce.*

3° Souvent le propriétaire du navire est arrêté dans ses opérations par l'importance de ses dépenses; il est alors obligé de recourir aux ma-

gasins ou à la caisse d'autrui. Aussi l'art. 633 dit-il : *Tout affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse.*

4° Le commerce maritime engendre les dangers : soumis au caprice des éléments, le négociant pourrait perdre en un jour le fruit de longues années de travail, si des spéculateurs, confiants en leur fortune, ne lui garantissaient pas que leurs pertes seront réparées. C'est à cette hypothèse que sont consacrées ces expressions : *toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer.*

5° Enfin la loi embrasse également les faits de mer dans le rapport qu'ils peuvent avoir avec le commerce, c'est-à-dire la contribution en cas de jet et le règlement des avaries.

C'est à ces diverses matières qu'est consacré le livre deuxième du Code de commerce, qui les régit dans les art. 190 à 436.

LIVRE TROISIÈME.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

De la compétence des tribunaux de commerce en général.

SOMMAIRE.

1. Avant 1790, les magistrats plaidaient eux mêmes pour le maintien de leurs attributions.
2. Quoique les règles fondamentales de la compétence commerciale ne soient ni nombreuses ni difficiles à saisir, il y a beaucoup de procès à cette occasion.
3. Les déclinatoires doivent-ils être favorablement accueillis? -Distinction.
4. Les questions de compétence sont le plus souvent des questions de faits.
5. Le principe général de la compétence est écrit dans l'art. 631 du Code de commerce.- Son texte.
6. Nature et bornes de la juridiction consulaire.—Proposition de la commission chargée de la rédaction du projet de Code de commerce, de fonder cette juridiction uniquement sur la *nature du fait*.
   Observations des tribunaux. — La cour de Paris demande que l'on s'attache à *la qualité de la personne* : citation de son avis. — Citation de la réponse des commissaires rédacteurs.
   Rédaction proposée par le conseil d'État.
   Présentation de la loi au corps législatif : citation des rapports de Regnaud de Saint-Jean d'Angely, Maret et Delpierre; ils proposent un système mixte ; la compétence sera tour à tour personnelle ou matérielle. Ce système est adopté.
7. Quoi qu'il en ait été dit, lors de la discussion de 1807, le système du Code n'est pas nouveau : il est emprunté aux ordonnances de 1563 et de 1673. — Citation de Jousse : opinions conformes de Cheau et de Rogue. — Erreur de Carré à ce sujet.
8. Même lorsque la juridiction commerciale est saisie à raison de la personne, sa compétence est plutôt matérielle que personnelle.—Citations de Jousse, Toubeau et Rogue.
9. Les simples particuliers qui font des actes de commerce sont justiciables des tribunaux de commerce. — Toute décision qui supposerait qu'il faut nécessairement être commerçant pour être justiciable, devrait être censurée.—Arrêt de la cour de cassation.
10. La juridiction commerciale est directe ou indirecte
11. Les tribunaux de commerce sont juges de leur compétence et non de celle des autres.—Quand ils sont incompétemment saisis, ils doivent se dessaisir, mais sans prononcer attribution de la cause à d'autres juges. —Citation de Nicodème.
12. Dans les deux chapitres suivants vont être examinées en détail les questions relatives à la compétence personnelle ou matérielle.

1. A cette époque où les offices de judicature constituaient des titres de propriété transmissibles et susceptibles d'exploitation, les corps judiciaires, pour accroître leur territoire, et par conséquent leurs revenus, cherchaient à envahir les prérogatives d'autrui, et se montraient jaloux de leurs propres droits, qu'ils défendaient avec énergie. Le magistrat descendait du siége pour plaider devant l'autorité supérieure afin d'obtenir le maintien de son attribution et d'exercer ce que l'on appelait *le retrait de barre*. La loi de 1790 a débarrassé les abords de la justice de cette classe redoutable de plaideurs : elle a séparé avec tant de netteté les pouvoirs de chaque corps judiciaire, que leur rencontre est impossible et qu'un conflit n'est plus à craindre.

2. Les règles fondamentales de la compétence des tribunaux de commerce ne sont ni nombreuses, ni difficiles à saisir. Cependant, quoiqu'il y ait peu de principes, il y a beaucoup de procès. Les avenues de la juridiction commerciale, qui devraient être interdites aux excep-

tions dilatoires, sont encombrées de la nuée de ces spéculateurs honteux qui se jettent dans les affaires pour y vivre par la fraude, pour en sortir par la chicane. Le temps que les magistrats devraient donner à vider les débats commerciaux est par eux employé à juger s'ils seront juges. — Ce résultat fâcheux tient à la nature même de ces sortes de contestations.

3. Au surplus, ces moyens de déclinatoire doivent être envisagés sous un double aspect, et être reçus tour à tour avec bienveillance ou avec défaveur, suivant la position de la partie qui les invoque. — De la part du commerçant, c'est le plus souvent un prétexte pour échapper à des poursuites rigoureuses : car lui, il décline la décision de ses pairs. — De la part du simple particulier, c'est un moyen plus favorable ; car lui, on veut au contraire le distraire de ses juges naturels.

4. Presque toujours, ce n'est pas une question de droit, mais un point de fait que les magistrats ont à apprécier. — Dans les nuances si variées des diverses espèces, retrouver la véritable intention des parties, savoir et dire avec certitude si le débiteur a voulu spéculer, ou lier seulement un contrat civil, voilà le nœud de la difficulté, voilà où le juge doit faire preuve de discernement.

5. Le principe général de la compétence des tribunaux de commerce se trouve écrit dans l'art. 631 du Code, conçu en ces termes :

« Les tribunaux de commerce connaîtront :
» 1° de toutes contestations relatives aux engagements et contestations entre négociants, marchands et banquiers; 2° entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. »

6. Dans ce texte est la disposition substantielle : il importe d'en rechercher les motifs, de l'éclairer par la discussion préparatoire qui l'a produite et de la mettre en regard des divers systèmes qu'on voulait lui substituer.

Lorsque le législateur s'est occupé de déterminer les principes et les bornes de la juridiction commerciale, plusieurs systèmes ont été proposés, et ont engendré de graves discussions. — Afin que la loi soit désormais clairement interprétée, rappelons ici ces divers systèmes, et analysons les développements qui leur furent donnés.

La commission chargée de la préparation du Code de commerce, en jetant les bases de la juridiction consulaire, s'exprimait ainsi : « Les anciennes lois déterminaient la compétence des tribunaux de commerce *par la qualité des personnes*; il en résultait une foule de contestations qui embarrassaient leur marche. — La compétence des tribunaux de commerce ne peut être déterminée par la qualité des parties, mais *par le fait* qui donne lieu à la contestation. — En les rendant à leurs véritables attributions, nous avons détruit une distinction qui existait pour les commerçants, et que nos lois actuelles ne peuvent admettre. (Thieriet, *Corps de droit comm.*, page 99; Locré, tome VIII, pages 209 et 210.)

En conséquence, la commission proposa ce qui suit : Art. 422. « *Toutes contestations* POUR » FAIT DE COMMERCE *sont jugées par des tribunaux* » *spéciaux.* — *Ces tribunaux sont qualifiés tribunaux de commerce.* »

Art. 447. « *La compétence des tribunaux de* » *commerce se détermine* PAR LE FAIT *qui donne* » *lieu à la contestation.* »

Ces articles furent maintenus dans la révision du projet de Code de commerce (Thieriet, pages 162 et 163.)

Ce système avait un double tort : il était d'abord trop exclusif, et ensuite il altérait le sens de l'ordonnance de 1673. — Nous le démontrerons plus tard, l'ancienne législation ne s'attachait pas uniquement à la *qualité de personne*, c'était pour elle un des éléments de la compétence, mais la *nature du fait* y participait aussi. (*Voy.* n° 7, page 203.)

Quoi qu'il en soit, ce système trouva de nombreux défenseurs. — Les cours d'appel de Bruxelles, de Caen et de Rennes; les tribunaux de commerce de Montauban, d'Angers, du Havre, et la chambre de commerce de Paris, lui donnèrent leur assentiment formel, et demandèrent aussi que la compétence des tribunaux de commerce fût déterminée *par le fait, sans nul égard aux personnes.* (Locré, pages 211 et 212.)

L'opinion contraire fut aussi vivement soutenue : les cours d'appel d'Angers, de Colmar, de Nancy, de Paris, de Poitiers, et le tribunal de commerce de Marseille, réclamèrent avec insistance une juridiction mixte, appuyée tout à la fois sur les personnes et sur la matière. Et, chose remarquable, les erreurs se propagent si vite, avec tant de facilité, que cette assertion erronée de la commission, que l'ordonnance de 1673 n'appelait devant les juges-consuls que les commerçants, fut acceptée sans vérification. Ainsi la cour d'Angers disait sur ce point :

« Sous le régime de l'ordonnance, la qualité des personnes déterminait la compétence des tribunaux de commerce : le citoyen qui ne faisait pas de commerce n'y était jamais traduit. »

Plus tard on verra cette même erreur se reproduire dans le rapport de l'orateur du tribunat. La cour de Paris formula avec force les griefs que soulevait le système de la commission; elle dit :

« De l'aveu des rédacteurs, les anciennes lois déterminent la compétence des tribunaux de commerce par la qualité des personnes, non pas néanmoins par cette qualité seule, ainsi qu'ils le supposent, mais par cette qualité jointe au fait.

» Les rédacteurs du nouveau Code veulent, au contraire, que la compétence soit décidée par

le fait, et cela est quelquefois possible. Il y a des faits d'un caractère si prononcé, si peu douteux, qu'ils sont incontestablement faits de commerce, quel qu'en soit l'auteur. Tel est le fait de la signature d'une lettre de change. Mais il y a d'autres faits, et c'est le plus grand nombre, qui sont équivoques en eux-mêmes, et ne peuvent être déterminés que par la qualité de la personne. — Ainsi Pierre achète des vins d'un cultivateur; si Pierre est marchand de vin, il est censé acheter pour son négoce : c'est fait de commerce; si Pierre est un particulier, il achète pour sa consommation : c'est fait ordinaire. On pourrait aisément multiplier les exemples.

» Il faut donc, par nécessité, dans ces sortes de cas, ne pas s'en tenir à l'examen du fait, et entrer en considération de la personne. » (Locré, pages 213 à 223.)

Pour mettre sous les yeux de nos lecteurs toutes les pièces de cet intéressant procès, nous devons rappeler la réponse que les commissaires rédacteurs, dans leur résumé des observations des tribunaux, firent aux objections que soulevait leur projet :

« Il nous semble que ces contestations ne roulent que sur un jeu de mots : elles rappellent *le fait* et *le droit*, sur lesquels on a tant écrit.

» Un *fait* de commerce peut être mieux déterminé, à ce qu'il nous paraît, que la qualité de commerçant, par la raison qu'un fait a ordinairement des caractères positifs, qui ne laissent pas le juge incertain; au lieu que la *qualité*, si nous pouvons nous servir de cette expression, est fugitive : elle peut être quittée et reprise; elle peut être plus facilement contestée; elle est soumise à l'incertitude des enquêtes, presque toujours contredite par des contre-enquêtes.

» Au lieu qu'un *fait* est matériel; il est positif; il ne peut donner lieu à des contestations, s'il n'est contredit par des titres ou par des témoins irrécusables.

» Pierre achète du vin d'un cultivateur pour le revendre : voilà le *fait* commercial à l'égard de Pierre; si Pierre paye ce vin, tout est consommé; si Pierre achète à crédit, le vendeur a un moyen prompt et certain contre Pierre pour l'obliger à payer.

» Mais Pierre achète pour sa consommation, alors le marché porte en lui-même son caractère; car Pierre n'a acheté qu'une quantité de vin relative aux besoins de sa consommation.

Cependant, si ce même Pierre a la fantaisie de faire une spéculation sur les vins d'un ou de plusieurs propriétaires, s'il achète pour revendre, bien qu'il ne soit pas réputé commerçant, voilà le *fait* de commerce qui soumet Pierre à la contrainte par corps, et cela en faveur du propriétaire qui s'est confié en lui, qui vend ses vins avec plus de plaisir, et souvent à un meilleur prix, pour cette seule garantie que lui présente la contrainte par corps.

» Nous avons reconnu qu'en déterminant la compétence par la qualité des personnes, les incertitudes et les difficultés pourraient naître plus facilement; que cette qualité ne pouvait pas toujours être exclusive et absolue; qu'elle pourrait même être contestée lorsque le fait serait le plus constant. Un exemple le prouvera :

» Pierre est magistrat, homme de loi, administrateur, bourgeois ou propriétaire; cependant Pierre a un capital dont il veut faire l'emploi; il croit qu'il peut en tirer un grand avantage en faisant une spéculation; il achète des marchandises, il les vend; il contracte des engagements, fait et reçoit des billets à ordre, etc.

» La spéculation de Pierre a mal réussi; il ne paye pas ses billets, il ne tient pas ses engagements : quelle est, dans ce cas, la qualité de Pierre? Est-il commerçant? Il ne faut pas en douter : cependant, comme la gêne rend inventif, et qu'il faut se tirer d'embarras, Pierre ne manque pas de décliner le tribunal de commerce.

» Si la compétence se détermine par la qualité des personnes, Pierre prouvera qu'il est magistrat, homme de loi, etc. Le créancier prouve qu'il est commerçant : tous auront raison; tel est l'inconvénient des enquêtes sur la qualité de la personne.

» Si c'est par le *fait* que la contestation de Pierre doit être jugée, il n'y a plus de doute; comme commerçant, il sera condamné pour le *fait* de son commerce accidentel; le créancier obtiendra la garantie que la loi lui promet.

» Nous avons cru devoir persister dans ce principe, *que la compétence* des tribunaux se détermine par le fait qui donne lieu à la contestation; mais nous avons, autant qu'il était en nous, précisé les faits de commerce.

» Nous reconnaissons que ce point important n'est pas d'une décision facile : une compétence doit être aussi précise que le comporte la sagesse humaine, surtout quand c'est une compétence d'exception, qui peut toucher à des prérogatives et froisser des prétentions. » (Locré, pages 223 et 228.)

C'est après ces débats préliminaires que la section de législation du conseil d'État présenta la rédaction suivante :

« *Les tribunaux de commerce connaîtront de* » *tous différends entre marchands et négociants* » *pour fait de leur commerce. Ceux qui achètent* » *des denrées et marchandises pour les revendre,* » *soit en nature, soit après que la chose a été tra-* » *vaillée et mise en œuvre, ou même pour en louer* » *simplement l'usage, sont réputés, quant à ces* » *faits, marchands ou négociants.* »

Ici s'arrête la préparation de la loi : à ce moment nous voyons se produire l'intervention du législateur, qui délibère et qui décrète. Ce serait omettre les documents les plus importants, que de garder le silence sur les derniers éléments de la confection du Code.

Le conseiller d'État Regnaud de Saint-Jean

d'Angely, présentant au corps législatif, dans la séance du 1er septembre 1807, le projet du Code de commerce, en exposait ainsi l'ensemble des motifs :

« Comme la juridiction commerciale s'exercera désormais et sur ceux qui feront la profession de commerçants, et sur les actes de commerce, par quelques personnes qu'ils soient pratiqués; comme la juridiction résultera *à la fois* et de la qualité de la personne et de la nature de la transaction, la loi sera claire dans ses définitions et facile dans son application » (Thieriet, pages 169 et 170.)

Le conseiller d'État Maret, à son tour, entrant dans les détails, disait, le 4 septembre 1807, dans son *Exposé des motifs :*

« Depuis la publication de l'ordonnance de 1673, mais surtout depuis 1789, le commerce est devenu la profession d'un bien grand nombre de Français; la volonté seule donne le droit de faire le commerce. — Tel se livre habituellement au négoce, tel autre ne fait qu'accidentellement des actes qui, sous certains rapports, sont de véritables actes de commerce.

» De là on avait conclu que la compétence des tribunaux de commerce se déterminait par le fait qui avait donné lieu à la contestation ; que si ce fait était un acte de commerce, celui qui y avait pris part, quelle qu'en fût la cause, quelle que fût sa qualité, était justiciable d'un tribunal de commerce; qu'en définissant les actes de commerce, on réglerait invariablement la compétence des tribunaux de commerce...

» L'application rigoureuse de ce principe a paru présenter de graves inconvénients, en ce que tous les Français, faisant des actes de trafic plus ou moins étendus, seraient tous, par ce seul fait, justiciables des tribunaux de commerce.

» Par exemple, un magistrat achète des denrées pour le besoin de sa maison ; quelques circonstances le déterminent à en vendre une partie. D'après le principe, que le fait détermine la compétence, comme dans l'espèce, il y a eu achat et vente, et conséquemment trafic de denrées, le jugement des contestations nées sur la vente faite par le magistrat appartiendrait au tribunal de commerce; cependant en soi, l'acte de ce magistrat n'est pas un véritable acte commercial ; c'est un acte civil, qui, en cas de contestation, doit conduire les contractants devant les tribunaux civils.

» La loi n'a donc pu admettre le principe dans sa généralité; mais elle a dû considérer que le Français non négociant, que celui exerçant une profession civile ou militaire, que le capitaliste, qui achète des marchandises ou des denrées au delà de ses véritables besoins, fait alors un acte commercial de sa nature, puisque la quantité de la chose achetée prouve l'intention de la revendre, ce qui constitue le trafic. Cependant, il n'y a encore que présomption; le fait qu'il a acheté au delà de ses véritables besoins n'est pas reconnu; la loi a dû réputer ce marché acte de commerce et laisser aux juges l'examen du fait et les conséquences à en tirer.

» Mais si la loi a dû dire : Tel acte est réputé fait de commerce, n'en est-il pas tels autres qui le sont si évidemment, qu'il n'y a point d'examen à faire pour les qualifier?... Oui, sans doute, mais c'est en considérant, comme le fait la loi, la qualité des personnes qui ont contracté. Et, en effet, il est constant que les engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers, sont des actes positifs de commerce, à moins qu'il ne s'agisse de denrées et marchandises achetées pour leur usage particulier; car, dans ce dernier cas, ce n'est pas comme négociants qu'ils ont contracté, mais comme citoyens.

» Il suit de ces considérations, que la compétence des tribunaux de commerce a dû être déterminée soit par la nature de l'acte sur lequel il y aura contestation, soit par la qualité de la personne.

» Ainsi les tribunaux de commerce connaîtront de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers;.... entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce; et la loi définit ce qu'elle répute actes de commerce. » (Thieriet, pages 234 et 235.)

Enfin le tribun Delpierre, dans la séance du 14 septembre 1807, fit au corps législatif un rapport dans lequel il s'exprimait ainsi :

« On a reconnu de bonne heure, en France, que le commerce avait besoin d'une législation spéciale, dont les principes fussent plus sévères que ceux de la loi qui gouverne les intérêts généraux de la société. L'ordonnance de 1673 régularise complétement, parmi nous, ce régime indispensable d'exception.

» Mais quelque idée que le législateur eût, à cette époque, de l'importance du commerce, on s'aperçoit aisément qu'il fut maîtrisé par les habitudes et les opinions nationales. — Le système des corporations et des priviléges s'étendait alors à tous les états, à toutes les professions, à tous les arts, et semblait être le grand mobile de la monarchie. Les deux premiers ordres repoussaient le commerce vers le tiers, et lui abandonnaient avec dédain une source de richesses qui devaient bientôt l'élever aussi haut qu'eux. Dans un tel ordre de choses et dans une telle disposition des esprits, l'autorité de la loi commerciale dut se borner à la communauté des marchands, hors de laquelle tout commerce était interdit.

» De cette limitation sortit la juridiction personnelle, qui a pour base les noms au lieu des choses, les vraisemblances au lieu des réalités. — Ce plan était étroit sans doute, mais le législateur du XVIe siècle n'aurait pu donner au commerce une organisation plus vaste et plus

digne de lui, sans choquer une foule d'orgneils et de préjugés, sans bouleverser peut-être la constitution de l'État. Celui d'aujourd'hui, pour le constituer d'une manière large et honorable, est libre de toute entrave. L'opinion hautaine qui réputait ignoble l'état de commerçant, a été profondément extirpée en France, dans une crise semblable à celle qui, il y a deux siècles, l'anéantit en Angleterre. La faveur marquée du souverain, l'esprit de nos lois, la considération publique assignent au commerce un des premiers rangs parmi les professions que peuvent exercer les Français.

» Le Code qui va le régir sera purgé des règles qui pourraient rappeler d'injustes et dangereux mépris; s'occupant d'un intérêt universel et de premier ordre, il envisage non plus les classes, les unes superbes, les autres humiliées, mais la masse entière des citoyens, devant qui la loi politique ouvre indistinctement toutes les carrières utiles ou glorieuses; il ne demandera plus aux individus, pour leur indiquer le tribunal qui doit les juger, ce qu'ils sont, mais ce qu'ils font.

» Cette règle, qui consacre la dignité des hommes, affermit encore la marche de la justice; en effet, la qualité des personnes n'est pas la mesure de la qualité de leurs actions; la nature des faits, au contraire, est une et invariable.

» De la première théorie naît une juridiction incertaine et incomplète, qui entrave et inquiète le commerce; — de la deuxième sort une autorité positive et indéclinable, qui le seconde et le rassure. — L'une tend à remplir d'une foule de débats sur la compétence les avenues d'un ordre de tribunaux institué pour juger avec célérité; l'autre tend à en écarter toutes les exceptions dilatoires et à faire aborder immédiatement la difficulté.

» C'est une incontestable maxime, qu'une grande liberté d'action et surtout une profonde sincérité sont nécessaires au développement et aux succès du commerce. Or, un individu, qui par un mouvement spontané, se jette dans la sphère des opérations commerciales, en rompt la chaîne, s'il ne s'y lie comme un de ses anneaux. Là toutes les combinaisons, tous les faits, sont dans une dépendance mutuelle et dans un état permanent d'action et de réaction. Quelle que soit la profession qu'on exerce, la condition à laquelle on appartienne, on se classe parmi les négociants dès qu'on achète, qu'on vend et qu'on spécule comme eux. — Ainsi la juridiction réelle, organisée par le titre II du IVe livre du nouveau Code, pour atteindre une innombrable quantité d'actes qui échappaient à la jurisprudence personnelle, donnera au commerce des motifs plus puissants de confiance et d'abandon, à ses tribunaux une marche plus rapide et une action plus énergique. — D'un côté, la crainte d'une condamnation instante éloignera de la carrière des affaires cette nuée de forbans qui ne s'y jettent que pour vivre de subterfuges et de délais; de l'autre, l'espoir d'une prompte justice y attirera cette foule d'hommes industrieux et honnêtes, pour qui les disciplines sévères sont moins un sujet d'inquiétude qu'une cause de tranquillité.

» Jetons un coup d'œil sur l'état présent de la société, aux besoins et aux tendances de laquelle toute loi sage doit répondre et veiller. Nous verrons une foule d'hommes qui cherchent à porter sur d'utiles entreprises l'activité dont la révolution a partout exalté le principe. Dans les campagnes, dans les villes, sur les frontières, sur les côtes, chacun épie l'occasion de rétablir ou d'avancer sa fortune; celui qui a des fonds disponibles médite une opération lucrative; l'esprit de spéculation, qui ne résidait guère que dans une classe, s'est, pour ainsi dire, emparé de la nation. Dans une semblable circonstance, ce serait une vue bien fausse que de s'attacher à un signe public, telle que la tenue habituelle d'un comptoir, ou la prise annuelle d'une patente, pour asseoir et circonscrire l'autorité des tribunaux de commerce. La loi pouvait, sans de grands inconvénients, resserrer leur juridiction dans d'aussi étroites limites, lorsque le régime des corporations, secondé par l'opinion et les mœurs, concentrait à peu près tous ses actes dans les professions autorisées à les faire; mais elle doit lui donner plus de force et de portée, depuis que le principe de la libre concurrence, devenu l'âme de notre industrie, a fait naître une émulation générale dans les arts, et suscité dans toutes les têtes le génie des inventions, des entreprises et des affaires. Si le commerce a fait fleurir de petits États et de faibles cités, que ne réserve-t-il pas à un vaste empire qui réunit à la fois un gouvernement habile et vigoureux, un sol assez riche pour alimenter ses habitants et ses fabriques, et un peuple dont l'activité et la bravoure peuvent couvrir le globe de ses comptoirs pendant la paix et de ses trophées pendant la guerre?

» Mais le premier soin à prendre, pour faire concourir au développement du commerce tant de ressources et de forces, c'est de régler avec sagesse l'administration de la justice qui lui est propre. Les bases sur lesquelles elle reposera seront prises dans la nature même des choses, et constitueront un pouvoir qui, interrogeant les faits pour déployer son action, préviendra et les applications fausses et les exceptions mensongères. Cependant pour lui donner une organisation encore plus complète et plus rassurante, le titre II du livre IV fortifie le principe de la juridiction réelle, de la disposition de l'ordonnance qui fondait sur la qualité des personnes l'autorité des juges consulaires, et consacre un *système mixte*, en vertu duquel les négociants, marchands et banquiers en titre seront en tout temps justiciables des tribunaux de commerce, à raison de leurs obligations et de

leurs négociations respectives, tandis que les autres citoyens ne seront assujettis à leur juridiction qu'à raison des actes réputés commerciaux auxquels ils auront participé.

» Quand il serait vrai de dire que la loi aurait pu arriver jusqu'aux marchands, négociants et banquiers par la seule voie, par le seul indice des faits, ce serait toujours un acte de sagesse que d'éviter une innovation trop brusque, que d'introduire des idées nouvelles à la faveur des anciennes, et d'assurer, par une prudente transaction, le succès d'une utile réforme.

» Mais le concours de deux moyens tendant à la même fin n'a pas été admis uniquement dans ces vues; il nous a même paru nécessaire pour concilier, dans plusieurs circonstances, les intérêts du commerce et du public. Quand on cherche à coordonner les objets divers qui sont la matière des lois, on s'aperçoit bientôt qu'ils ne peuvent se prêter tous à une mesure uniforme, ni se régler par un principe absolu. Il a bien fallu, par exemple, à l'occasion du billet à ordre, distinguer, entre ses signataires, l'individu négociant de celui qui ne l'est pas; il a bien fallu donner au dernier une sauvegarde contre ses besoins ou ses passions, lui défendre d'acheter au prix de sa liberté des ressources ou des jouissances éphémères, et maintenir, par cette interdiction, l'usage des conventions civiles et l'autorité douce et paisible de la loi commune. » (Thieriet, pages 239 à 241.)

A la suite de ces discussions si approfondies, le législateur a rejeté les deux propositions extrêmes. Il n'a pas voulu, comme les commissaires rédacteurs du projet de Code de commerce, que la compétence des tribunaux de commerce eût pour fondement unique la nature du fait; il n'a pas voulu non plus, comme plusieurs cours d'appel, que les tribunaux de commerce ne connussent des transactions commerciales qu'entre les commerçants. Il a fondu ces deux systèmes : acceptant les principes si admirablement développés par Delpierre, il a pris un juste milieu et constitué une compétence mixte, qui tour à tour est *personnelle* et *matérielle*.

Cela ressort des termes de l'art. 637 du Code de comm., qui dispose : « Les tribunaux de commerce connaîtront :

« 1° De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, » marchands et banquiers;

« 2° Entre toutes personnes, des contestations » relatives aux actes de commerce. »

Comme le remarque Locré, pages 235 et 236, la juridiction commerciale est *personnelle*, en ce sens que la qualité de commerçant élève une présomption par l'effet de laquelle celui qui en est revêtu est réputé s'être obligé, ou avoir contracté, à raison de son commerce, toutes les fois qu'il ne prouve pas qu'il s'est engagé comme particulier; le non-commerçant, au contraire, est censé avoir traité comme particulier, toutes les fois que l'acte qu'il a fait n'est pas nécessairement un acte de commerce.

Elle est *matérielle*, parce que quiconque se permet un acte qualifié commercial par la loi, devient par cela même, et à raison de la matière, justiciable des tribunaux de commerce.

Ainsi donc et en résumé, la juridiction consulaire peut ou doit être saisie à raison de la personne ou à raison de la matière. — *A raison de la personne*, quand il s'agit de contestations entre négociants, marchands et banquiers. — *A raison de la matière*, quand ces contestations ont pour origine des opérations commerciales. C'est à cette incompétence que s'applique cet axiome : *Les parties ne peuvent se donner des juges.*

Dans le premier cas, c'est la *qualité* de la personne qui est attributive de juridiction, lorsque la *nature* du fait n'y apporte pas un obstacle absolu. — Dans le second cas, c'est au contraire et seulement le *caractère* de l'acte qui constitue la compétence.

7. Quoi qu'il en ait été dit dans les discussions que nous venons de rappeler, ce n'est pas un droit nouveau que le Code est venu constituer. Cette distinction avait trouvé place dans les ordonnances de 1563 et 1673. Cette législation, ou du moins l'interprétation constante que lui donnaient et les auteurs et la jurisprudence, ne s'attachait pas exclusivement à la qualité de la personne, elle s'enquérait aussi et surtout de la nature de l'acte. D'une part, le marchand n'était soumis aux juges-consuls que pour fait de marchandise, et non pour engagement de droit commun; d'autre part, celui qui faisait un acte de trafic, fût-il simple bourgeois, ecclésiastique, officier de judicature même, était sujet à leur juridiction.

C'est ce que nous allons démontrer.

L'ordonnance de 1563, rendue commune à toutes les juridictions consulaires, disait dans son art. 3 : « *Les juges-consuls connaîtront de tous procès et différends qui sont mus* ENTRE MARCHANDS, POUR FAIT DE MARCHANDISE SEULEMENT. » — Puis l'art. 6 du tit. XII de l'ordonnance de 1673 ajoutait : « *Ne pourront les » juges et consuls connaître des contestations pour » nourriture, entretien et ameublement,* MÊME » ENTRE MARCHANDS, *si ce n'est qu'ils en fassent » profession.* »

Dans ces derniers mots de l'art. 3, « *pour fait » de marchandise seulement*, » nous trouvons la justification de ce système, consacré de nos jours, qui exclut de la juridiction consulaire les marchands obligés pour dette purement civile. — C'est bien, dans son entier, la juridiction plutôt matérielle que personnelle.

Mais ces autres expressions « *entre marchands* » prêtaient à l'équivoque, reproduite au conseil d'État et devant le corps législatif : quelques esprits trop rigoureux soutenaient que

la loi ne tenait aucun compte de la nature du fait; qu'elle dominait les transactions des marchands seuls; qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'à ceux qui, faisant métier et profession de marchandise, avaient acquis légalement cette qualité de commerçant; qu'enfin la juridiction commerciale n'avait aucune action sur les simples bourgeois. se laissant aller accidentellement à un fait isolé de commerce.

Cette interprétation forcée des termes de l'ordonnance ne tarda pas à disparaître. — Dans son *Commentaire* à ce sujet, Jousse s'exprime ainsi, p. 291 : « ENTRE MARCHANDS. — On doit mettre de ce nombre ceux qui s'immiscent dans le négoce et qui achètent des marchandises pour les revendre et y gagner, quand même ils n'auraient été ni apprentis, ni maîtres, et quand même ils exerceraient des professions différentes de celles du commerce. » Puis cet auteur ajoute, pages 294 et 295 : « Que les bourgeois et autres, qui ne sont ni marchands, ni artisans, même les officiers, qui se mêlent d'acheter et de revendre, sont réputés marchands, quoiqu'ils n'aient ni boutique, ni magasins, ni registres, et sont, en cette partie, sujets à la juridiction consulaire, quoiqu'ils ne fassent le commerce qu'en passant. Cette question s'étant présentée il y a quelques années au présidial d'Orléans, au sujet d'un billet souscrit pour une société passée entre un huissier garde-forêt et trois autres particuliers, pour acheter ensemble une partie de blé assez considérable, les parties ont été renvoyées au consulat d'Orléans par sentence rendue au présidial le 10 février 1744, quoique le garde-forêt s'opposât au renvoi, comme ayant ses causes commises au présidial, suivant l'ordonnance des eaux et forêts de 1669. Il a été ainsi jugé par plusieurs arrêts, et entre autres par un arrêt du parlement du 16 juillet 1650, rendu contre un procureur, par un autre du 5 février 1664, et par un arrêt du grand conseil du 1er février 1661, rendu contre un greffier.

» Une déclaration du roi, du 28 avril 1565, rendue par la ville de Bordeaux, en a une disposition précise. Cette déclaration veut que les officiers des compagnies qui font trafic et commerce de marchandises, soient convenus, appelés et jugés par les juges-consuls, nonobstant les fins d'incompétence et de renvoi, requis en vertu de leurs priviléges, qui, entre autres choses, demeurent en leur entier.

» Un ecclésiastique qui ferait le commerce serait même sujet à cette juridiction. — Ainsi jugé par un arrêt du 9 août 1607, rapporté par Chenu, en ces *Questions*, cent. 2, quest. 13. » (*Voy.* aussi Rogue, tome Ier, n° 14, pages 11 et 12.)

Nous avons transcrit en entier l'opinion de Jousse et les autorités sur lesquelles elle s'appuie, parce que Carré, acceptant sans examen les allégations produites au corps législatif, *Traité des lois de l'organisation judiciaire*, tome VII, pages 83 et 85, suppose à tort que l'ancienne législation, établissant la compétence sur une base purement personnelle, ne soumettait aux juges-consuls que les litiges mus entre marchands. Alors comme aujourd'hui, on assimilait aux marchands ceux qui se livraient accidentellement au trafic de la marchandise.

8. Nous venons de développer ce sujet, et nous y reviendrons; mais il est utile de le dire en ce moment, la juridiction des tribunaux de commerce est plutôt *matérielle* que *personnelle*. — Alors même qu'elle est saisie à raison de la qualité de la personne, sa compétence est fondée sur ce principe que le commerçant est assigné pour cause réputée commerciale. — Il ne suffit pas d'être marchand pour être en toute cause justiciable des juges consulaires, il faut encore qu'il s'agisse d'un fait de marchandise. Le marchand est réputé obligé pour fait de son commerce; mais s'il renverse cette présomption, s'il justifie que son obligation a une cause étrangère à son négoce, il rentre dans la classe des simples particuliers à l'occasion de son engagement civil. Et, qu'on le remarque, l'art. 631 du Code donnerait naissance à des difficultés, si l'usage, la jurisprudence et la doctrine n'avaient précisé son esprit: quand il déclare que *les tribunaux de commerce connaîtront, 1° de toutes les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers*, il ne dit que la moitié de ce qu'il était utile de dire; il fallait ajouter, comme les ordonnances, *pour fait de marchandise seulement*.

Sur ce point, ces ordonnances, dont nous avons extrait les expressions, étaient beaucoup plus explicites. Jousse, page 297; Toubeau, livre Ier, titre XVII, chap. 2, trouvaient cette distinction si importante, que malgré la clarté de la loi, ils s'empressaient de faire remarquer que les juges-consuls ne pouvaient connaître des achats et des ventes faits, même entre marchands, pour choses relatives à leur usage personnel et non à leur commerce. Après eux, Rogue disait : « Les juridictions consu» laires sont plus réelles que personnelles; elles » sont plus compétentes de la marchandise que » des marchands, n'étant juges des marchands » que tant qu'ils font commerce, et pour leur » ancien commerce. » Tome Ier, chap. 1, n° 5, pages 3 et 4). Cela résultait de l'art. 4 du titre XII de l'ordonnance, comme cela ressort de l'art. 638 du Code.

Nous avons vu, livre Ier de cette partie, chapitre 8, quels sont les effets produits par la qualité de commerçant, et la présomption de commercialité qui s'y rattache.

9. Nous avons expliqué que, sous l'ancienne législation, les simples particuliers, assignés à raison d'une opération de trafic, ne pouvaient se faire un titre de leur qualité pour demander leur renvoi devant les tribunaux ordinaires. —

A voir la disposition de l'art. 631 du Code, si nette sur ce point, il semblerait inutile de faire remarquer que les principes de l'ancienne législation ont passé dans la nouvelle ; que les non-commerçants sont, comme les commerçants eux-mêmes, justiciables des tribunaux de commerce, par cela seul qu'ils sont poursuivis à raison d'actes de commerce. Les tribunaux de commerce sont compétents, *entre toutes personnes*, des contestations relatives à des actes de commerce, dit l'art. 631, § 2. — Cependant cette règle élémentaire ayant été méconnue par une cour royale, la cour de cassation a dû réformer cette décision, et déclarer que tout arrêt, supposant qu'il faut nécessairement être commerçant pour pouvoir être traduit devant la juridiction consulaire, viole formellement la loi et doit être cassé. — (Arrêt du 3 juin 1817; (S.-V., 17, 1, 276.)

10. Nous venons de dire que la juridiction commerciale est *exceptionnelle* ou *d'attribution* (nous aurons plusieurs fois l'occasion de revenir sur ce point), quelquefois *personnelle*, et le plus souvent *matérielle*. — Pour achever de préciser sa nature, nous devons ajouter que sa compétence est *directe* ou *indirecte*.

Directe, lorsqu'elle est justifiée par la qualité de commerçant, ou le caractère commercial de l'acte.

Indirecte, lorsque celui qui est assigné à comparaître devant les tribunaux, représente un individu qui s'y trouvait soumis. — Tels sont les veuves communes en biens, et les héritiers soit des commerçants, soit des obligés pour cause commerciale.—Nous avons traité avec détail ce sujet dans le chapitre 6 du livre Ier de cette partie, nous y renvoyons.

11. Avant de quitter ce sujet, il est encore une remarque à faire. — Les tribunaux de commerce sont juges de leur compétence ; mais, en statuant sur les déclinatoires qui leur sont soumis, ils ne peuvent juger la compétence des autres tribunaux. Quand ils ont été saisis mal à propos, ils doivent se dessaisir, sans indiquer aux parties devant quelles juridictions ils auront à procéder [1]. Ordinairement ils disent : *Renvoyons la cause et les parties devant les juges qui doivent en connaître*. C'est un principe enseigné par Nicodème, dans lequel on lit :

« Les juges-consuls ne doivent pas juger de la compétence des autres juridictions : ce droit est réservé aux juges supérieurs. Un exemple va rendre cette proposition intelligible. — *Pierre* attaque *Constantin* par-devant les juges-consuls de Paris ; ce dernier soutient que la cause n'est pas de leur compétence, mais bien de celle du Châtelet : *Pierre*, sans adhérer au déclinatoire, allègue que si l'affaire pouvait ne pas être de la connaissance du consulat de Paris, elle pourrait encore moins être de celle du Châtelet, et qu'il est indubitable qu'elle serait de celle du bureau de la ville. — En pareil cas, les juges-consuls ne doivent pas renvoyer la cause (si elle ne les regarde pas), nommément par-devant l'un ou l'autre de ces tribunaux, parce que leur prononcé pourrait être regardé comme un jugement en règlement des juges : ils doivent se borner à renvoyer les parties par-devant les juges auxquels la connaissance de la cause appartient. » (*Exercice des commerçants*, 1re partie, page 55 *in fine*.)

12. Dans les deux livres précédents, nous avons recherché avec soin quels individus, de droit, et par la seule qualité de commerçants, sont justiciables des tribunaux de commerce : nous avons dit aussi quels actes, par leur nature, sont attributifs de juridiction pour lesdits tribunaux. — Nous devons, en ce moment, examiner les conséquences de ce double motif de compétence ; ce sera l'objet des deux chapitres suivants.

CHAPITRE II.

De la compétence à raison de la personne.

SOMMAIRE.

1. Combinaison des art. 631 et 638 du Code de commerce.

Quand le commerçant est engagé pour cause entièrement civile, et qu'il le prouve, il n'est pas justiciable des tribunaux de commerce.—Jurisprudence, opinion des auteurs.

2. La compétence commerciale est plutôt réelle que personnelle, mais ce serait une grave erreur que de soutenir, avec quelques auteurs, que la qualité de la personne est indifférente. — Discussion. — Renvoi au chapitre précédent.

[1] Excepté toutefois en matière d'arbitrage forcé.

3. Si la présomption de commercialité atteint les engagements souscrits par les commerçants, la présomption contraire est la règle générale des obligations des simples particuliers.

4. Distinction entre l'incompétence à raison de la matière, et l'incompétence à raison de la personne. — Cette dernière doit être proposée *in limine litis*. — Citation de Nicodème. — Renvoi.

« Les tribunaux de commerce connaîtront, 1° de toutes contestations relatives » aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers. »

(Art. 631, *C. de comm.*)

« Ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées... contre un commerçant, pour payement de denrées et marchandises » achetées pour son usage particulier. — Néanmoins, les billets souscrits par un » commerçant seront censés faits pour son commerce ..., lorsqu'une autre cause » n'y sera point énoncée. »

(Art. 638, *C. de comm.*)

1. Ces deux dispositions contiennent tout le système de la loi sur la compétence des tribunaux de commerce, à raison de la personne.

D'une part, l'art. 631 attribue à ces tribunaux la connaissance des contestations relatives aux *engagements* et *transactions* pris entre commerçants; puis le § 2 de l'art. 638, complétant cette pensée, repute obligations commerciales tous les billets souscrits par un commerçant, et ne contenant pas l'énouciation d'une cause étrangère au négoce.

D'autre part, le § 1er de l'art. 638, emprunté à l'art. 6 de l'ordonnance de 1673, n'attache point le commerçant à la juridiction commerciale dans toutes les positions qu'il parcourt, pour tous les actes qu'il accomplit. Le législateur comprend que chaque individu, au-dessous de sa qualité de commerçant, place celle de citoyen, de membre de la grande famille sociale. Si, pour satisfaire à ses besoins quotidiens, pour son usage personnel, pour l'entretien de sa famille, le commerçant souscrit des engagements étrangers à son commerce, s'il a le soin d'en énoncer la cause dans le titre lui-même, alors ce n'est point comme commerçant, c'est comme simple particulier qu'il a contracté, il ne doit pas être, il n'est plus justiciable des tribunaux consulaires [1].

2. Dans ce premier ordre d'idées, c'est encore à raison de la matière et de la présomption de commercialité, qui affecte ses actes, que la personne du commerçant est, en général, saisie par la loi commerciale.

C'est en ce sens que la commission chargée de préparer le projet du Code de commerce disait en réponse aux observations des cours et tribunaux sur son projet :

« C'est le commerce, ce sont les transactions commerciales que nous avons dû régler ; c'est la prospérité du commerce, qui repose sur la règle et sur l'équité, que nous avons dû considérer, c'est là le point sur lequel nos idées ont été constamment fixées.

» Les commerçants ne forment pas, dans l'État, une corporation particulière et privilégiée; si la législation commerciale se compose de lois d'exception, ce n'est pas pour l'avantage des commerçants qu'elles sont faites, c'est pour l'intérêt de tous, parce que la richesse publique, l'aisance et le bonheur des citoyens sont attachés à la prospérité du commerce.

» Par cette raison, qui nous paraît simple, que c'est le commerce, et non les commerçants, qui doit être l'objet de la législation qui nous était confiée, ce sont les faits de commerce, les transactions commerciales que nous devions régler; ce qui est personnel aux commerçants n'était qu'une conséquence des principes et des dispositions de la loi : elle a dû imposer des devoirs aux commerçants pour la sûreté même de commerce. » (Locré, tome VIII, pages 354 et 355.)

En écrivant ces paroles, les commissaires rédacteurs énonçaient des principes vrais, mais qu'ils laissaient incomplets. — Pour qu'une institution soit grande, forte, prospère, il faut que les individualités qu'elle renferme soient heureuses et protégées. Comment le commerce serait-il en voie de prospérité continue, si la personne des commerçants était maltraitée et négligée? — Les préparateurs du Code avaient parfaitement saisi *la fin* d'une bonne législation commerciale; ils n'avaient pas découvert *le moyen*. — La fin, c'est de porter le bien-être dans les intérêts généraux ; le moyen, c'est de prendre, sous la sauvegarde d'une bienveillante protection, les intérêts particuliers des individus.

Quoi qu'il en soit, conséquents avec leur doctrine, les commissaires proposaient de laisser dans l'oubli la personne du commerçant; ils ne voulaient soumettre à la juridiction consulaire que le fait commercial : en toute question, ce

[1] Cass., 11 vendém. an 13 (*Pasicrisie*); — Trèves, 23 pluviôse an 13 (S.-V., *idem*, 2. 2. 27); — Metz, 9 fév. 1816 (S.-V., 19, 2, 56, et *Pasicrisie*); — Toulouse, 5 mars 1825 (S.-V., 26, 2, 75, et *Pasicrisie*); — Bourges, 10 mai 1843 (S.-V., 44, 2, 37). — Carré, *Comp. civ.*, tome II, n° 486; — Merlin, v° *Consuls des marchands*, § 2, n° 3, — Orillard, n° 208, — B. Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Acte de commerce*, n° 132, page 15. — Pardessus, n° 52; — Dalloz, *Compét. comm.*, n° 50.

fait seul paraissait mériter l'honneur d'une disposition protectrice.

Mais, après les observations des cours et des tribunaux, après les exposés des motifs du Code, après les rapports des divers orateurs, après la discussion dans les assemblées législatives, après surtout l'insertion dans la loi d'un paragraphe spécial, qui fait de la qualité de commerçant une des deux branches de la compétence, revenir à ce système exclusif repoussé par le législateur, méconnaître l'influence de la qualité de la personne, s'écrier avec Carré (*Lois de l'origine jud.*, tome IV, art. 384, page 347), que *la compétence personnelle n'est qu'une chimère; qu'il n'existe, pour les tribunaux de commerce, qu'une seule espèce de compétence, la compétence en raison de la nature de l'acte*, n'est-ce pas commettre un véritable anachronisme et préconiser une erreur?...

Quelle est donc la raison si grave qui doit prévaloir sur le vœu de la loi? — C'est, nous dit-on, parce que le commerçant lui-même échappe à la juridiction commerciale s'il démontre que son engagement avait une origine purement civile; c'est parce que l'ordonnance de 1563 et celle de 1673 n'attribuaient aux juges-consuls que *les différends mus entre marchands, pour fait de marchandise seulement;* c'est enfin parce que l'art. 638 du Code renferme une disposition analogue.

Eh! sans doute, personne ne l'a jamais nié, le commerçant peut détruire la présomption de commercialité attachée à ses actes; sous ce rapport, la nature du fait domine la qualité de la personne : mais Carré oublie que tout ce qui est vrai n'est pas nécessairement démontré; que souvent la réalité du fait échappe à la perception et reste enveloppée de doutes et de mystère; par exemple, voilà Pierre, commerçant, assigné devant le tribunal de commerce, pour un achat de vins : d'habitude il se livre au trafic de ces liquides; par une exception, il destine les vins achetés à desservir sa table : c'est pour sa consommation particulière que son acquisition a été faite. Cependant, par oubli, il a négligé d'énoncer ce fait dans son engagement et le voilà traduit devant le tribunal de commerce. Il articule que c'est pour son usage personnel qu'il a acheté; qu'il n'a point eu l'intention de revendre, que par conséquent il n'a point souscrit une dette commerciale. — Ce système est fondé sur la réalité, mais la preuve lui échappe; il ne parvient pas à justifier son allégation. Que va-t-il arriver? — Comme il a la présomption contre lui, comme il est revêtu de la qualité de commerçant, comme sa personne est de droit justiciable des tribunaux de commerce, il est maintenu sous leur juridiction et condamné commercialement.

Dans ce cas, n'est-ce pas la qualité de la personne qui a été décisive? Dira-t-on que c'est la nature du fait qui a déterminé la compétence? — Évidemment, cela est impossible.

Il faut donc respecter le système accueilli par le législateur, après tant d'épreuves et de sérieuses discussions.

Suivant nous, ce système se résume ainsi :

A l'égard du non-commerçant, la nature commerciale du fait peut seule l'attirer devant le tribunal d'exception. — Si la commercialité de ce fait n'est pas établie, la qualité civile de la personne le laisse à la juridiction commune.

A l'égard du commerçant, au contraire, la nature purement civile du fait le replace seule sous la juridiction commune. — S'il ne prouve pas cette cause étrangère au commerce, la qualité commerciale dont la personne est couverte la maintient de droit sous l'empire du tribunal d'exception [1].

3. Après avoir ainsi mis en relief l'esprit de la loi, il nous reste à compléter ce sujet par une observation générale.

Nous venons d'expliquer que les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants [2], alors même que ces engagements ne sont pas *réputés commerciaux* dans les termes de l'art. 632. — Par exemple, un marchand vend des denrées à un autre marchand : l'acheteur a le droit de traduire devant le tribunal de commerce le vendeur, quoique celui-ci n'ait pas fait un acte réputé commercial. La compétence se justifie, dans cette hypothèse, par cette circonstance qu'il s'agit d'un débat relatif à un engagement entre deux marchands.

Précisément à cause de cette disposition, la situation inverse doit produire aussi des effets contraires. Lorsque le débat s'agite à l'occasion d'engagements souscrits par des individus qui ne sont ni négociants, ni marchands, ni banquiers, il ne peut y avoir lieu à compétence commerciale qu'autant qu'il y a justification que l'acte doit être réputé commercial suivant l'art. 632.

C'est par application de ce double principe que l'art. 638, tout en proclamant la présomption de commercialité de l'acte émané du commerçant, déclare que « ne sont point de la » compétence des tribunaux de commerce, les » actions intentées contre un propriétaire, cul- » tivateur ou vigneron, pour vente de denrées » provenant de son cru. »

4. Lorsqu'un individu est assigné à comparaître devant un tribunal de commerce, par ce seul motif qu'il est commerçant et dès lors justiciable, il doit, dès l'abord et avant toute dé-

[1] Pardessus, nº 1345; — Dalloz, vº *Compét. comm.*, nºs 8 à 11. — Voir nos observations dans le chapitre précédent, nºs 4 et 7.

[2] Par ce mot *commerçant*, nous entendons tous ceux qui font profession habituelle des actes de commerce, et par conséquent les négociants, marchands et banquiers dont parle l'art. 631.

fense au fond, contester la qualité qui lui aurait été faussement attribuée, et requérir son renvoi devant ses juges naturels. — S'il engage contradictoirement le débat sur les autres éléments du procès, il élève contre lui une fin de nonrecevoir : il n'a plus d'autre ressource, pour éviter la juridiction commerciale, que de démontrer que la cause de son engagement est étrangère au commerce.

C'est en cela que réside la grande distinction entre l'incompétence personnelle et l'incompétence matérielle ; la première doit être proposée *in limine litis* ; la deuxième, qui est d'ordre public, peut être soulevée en tout état de cause, même en cause d'appel ; elle doit même être prononcée d'office par les magistrats.

Cette distinction était faite sous l'ancien droit. « Les exceptions de déclinatoire doivent être proposées avant contestation en cause, parce que, quand une partie s'est soumise, même tacitement, à la juridiction d'un juge, elle ne peut plus la décliner.

» Mais quand le cas d'incompétence alléguée est *ratione materiæ*, les fins de non-procéder peuvent se proposer en tout état de cause, parce qu'il ne dépend pas d'une partie de donner juridiction à celui qui n'en a point du tout, ou qui n'en a point par rapport à la chose dont il s'agit.

» On doit remarquer, à la louange des juges-consuls, qu'il n'y a point de juges moins envieux d'avoir des causes, ni moins jaloux de la compétence des autres juges. » (Nicodème, *Exercices des commerçants*, première partie, page 54.)

Ces principes résultent, de nos jours, de la combinaison des art. 168, 169, 170 du Code de proc. civ. [1].

PREMIÈRE SECTION.

Des apprentis, ouvriers et artisans.

SOMMAIRE.

1. Les apprentis, ouvriers ou artisans sont-ils commerçants ? — Solution négative. — Opinion conforme de Carré.
   Ces apprentis, ouvriers ou artisans sont-ils, sous un autre rapport, justiciables des tribunaux de commerce? —Solution négative.—Dissentiment avec Pardessus.
2. Avis du grand juge, ministre de la justice, qui refuse aux artisans la qualité de commerçants.

1. *Peut-on considérer comme commerçants en titre les apprentis, ouvriers ou artisans ?* — En d'autres termes, *les actes dont ces personnes font leur profession habituelle peuvent-ils être réputés actes de commerce ?*

Si la négative doit être résolue, ces personnes ne peuvent-elles, sous un autre point de vue, être attirées devant la juridiction consulaire ?

Ces questions se rattachent aussi bien à la compétence à raison de la matière qu'à celle qui nous occupe en ce moment. — Cependant, pour ne pas intervertir l'ordre que nous nous sommes imposé, nous allons les examiner ici.

Dans le livre précédent, chap. 2, 1re section, nos 1 à 3, nous avons, à l'occasion des entreprises de manufactures, expliqué la différence notable qui sépare les apprentis et ouvriers de la classe des commerçants. — Ces derniers sont des *spéculateurs*, les autres sont des *travailleurs* ; nous avons rappelé les nuances délicates que comporte la situation des artisans.

Il nous reste à tirer les conséquences de cet exposé. — Dans notre pensée, les achats, par les commerçants, des ustensiles nécessaires à l'exploitation de leur commerce, sont des achats réputés commerciaux. — Ce n'est point en vertu de l'art. 632 du Code que nous arrivons à cette solution, c'est en vertu des art. 631 et 638, qui déclarent commerciaux les actes des commerçants qui ne sont point démontrés être étrangers à leur négoce (voir 2e partie, livre II, chap. 1er, 2e section, no 32. — Précisément, comme les apprentis, ouvriers et artisans ne sont pas, en général, de véritables commerçants, comme ils ne peuvent être soumis à la présomption de commercialité, comme ils travaillent pour gagner leur vie, et non pour faire une opération de trafic, les marchés qu'ils font des outils nécessaires à l'exploitation de leur métier ou profession ne peuvent être déclarés des marchés commerciaux.

Mais lorsque les artisans achètent des matières premières ou des marchandises, lorsqu'ils les travaillent et les revendent ensuite ainsi confectionnées, que doit-on décider ?

Sur ce point, l'ordonnance de 1673 tenait

---

[1] Voir le chap. V no 8, du livre 1er de cette partie, et le chap. II de la 3e partie, où cette règle est développée.

l'opération pour commerciale. Son art. 4 disposait : « *Les juges et consuls connaîtront des ventes faites par des marchands, artisans et gens de métier, à fin de revendre ou* DE TRAVAILLER DE LEUR PROFESSION. »

Jousse, commentant cette disposition, disait : « *Ou de travailler de leur profession*, c'est-à-dire pour ventes de marchandises qui doivent être converties en ouvrages de leur profession.... La raison en est que, ces ouvrages venant à être vendus par ces ouvriers, c'est une espèce de revente qu'ils font des choses qui leur ont été vendues, avec cette différence seulement qu'elles ont changé de nature.

» D'où il suit que les ventes, faites par des marchands à des artisans, de choses qui ne doivent point être employées ou converties en ouvrages de leur profession, ne sont point de la compétence des juges-consuls, quand même les choses vendues seraient pour l'usage des ouvriers qui les achètent. (Page 306.)

» De même, les ventes d'outils et autres instruments de travail, faites par des marchands à des artisans et gens de métier, ne sont pas de la compétence des juridictions consulaires. » (Page 307.)

La loi nouvelle, quoiqu'elle ait rayé ces mots, *pour travailler de leur profession*, n'a rien changé à ces principes : seulement, c'est dans l'application que les difficultés surgissent. Il est bien certain que l'artisan, qui achète des matières premières pour les travailler et pour les revendre, qui opère sur de grandes quantités, qui, pour accroître ses bénéfices, loue les services d'apprentis et compagnons, fait des actes de commerce; mais alors, il n'a plus nom *artisan*, il s'appelle *manufacturier*.—Si, au contraire, il ne se livre à ces achats, à ce travail, à ces reventes, qu'en petit, pour en tirer un modique bénéfice, qui résume pour lui une simple journée de bon ouvrier; oh ! alors, il fait un métier, il n'exerce pas le commerce.

Sous ce rapport, les apprentis, ouvriers, artisans, ne sont pas justiciables des tribunaux de commerce. — Carré, *Lois de la compétence*, n° 491, page 390, est d'une opinion contraire.

Pardessus pense que, sous un autre rapport, ces personnes sont justiciables de la juridiction commerciale; il s'exprime ainsi : « Les lois des 12 avril 1803 (22 germinal an 2) et 18 mars 1806, ainsi que les règlements subséquents, ont, par des raisons particulières, attribué à la juridiction commerciale la connaissance des contestations relatives aux engagements respectifs des entrepreneurs et des ouvriers employés dans les manufactures, fabriques et ateliers destinés à produire des choses qui entrent dans le commerce. — Nous avons cru convenable de les indiquer ici, afin de réunir l'ensemble de ce qui est de la compétence des tribunaux de commerce. » (Tome Ier, n° 37, pages 278 et 279.)

Ce passage, que nous avons transcrit textuellement, est nécessairement le résultat d'une méprise : le savant auteur du *Cours de droit commercial* sait mieux que personne que les contestations entre les fabricants et les ouvriers sont soumises aux conseils de prud'hommes, dans les villes où il en existe ; que c'est par humanité et par mesure de police, tout à la fois, qu'il en a été ainsi décidé ; que les lois mêmes qu'il cite sont celles qui constituent ce tribunal exceptionnel; qu'enfin, aucune loi, ni aucun règlement n'attribue ces contestations aux tribunaux de commerce proprement dits. Cependant nous voyons cette même méprise se reproduire quand il dit : « Il ne faut pas confondre la qualité commerciale dans un acte, ou la qualité de commerçant dans une personne, avec l'attribution que la volonté du législateur peut faire, à la juridiction commerciale, des contestations qui résultent de certaines espèces d'engagements. Ainsi des ouvriers qui, sans fournir la matière première qu'ils emploient, ne louent que leur industrie, ne nous paraissent pas devoir être rangés parmi les commerçants, quoique cependant leur existence continue, leur occupation habituelle et même exclusive, consiste à se louer de cette manière, et que ces espèces d'engagements aient été, comme on l'a vu plus haut, assimilés aux actes de commerce, sous les rapports de la compétence. » (N° 77, page 327.)

2. La chambre de discipline des notaires de l'arrondissement de Deux-Ponts ayant consulté Luxer, procureur impérial près le tribunal de première instance de ce même arrondissement, sur la position qu'il fallait attribuer aux ouvriers et artisans, ce magistrat s'adressa au grand juge, ministre de la justice, qui lui fit la réponse suivante :

« Paris, 11 avril 1811.

» J'ai été consulté plusieurs fois, monsieur, sur le sens à attacher au mot *commerçant* dans le cas de l'application de l'art. 631 du Code de commerce, et j'ai répondu que l'on devait d'abord considérer comme tels tous négociants, banquiers, fabricants et marchands ; mais qu'il ne paraissait pas qu'on dût ranger dans cette classe le simple artisan, qui, ne travaillant qu'au fur et à mesure des commandes qu'il reçoit journellement, ne fait point de son état un objet de spéculation. Il serait au surplus difficile d'établir une règle bien précise à cet égard : c'est au notaire à apprécier les circonstances dans les cas particuliers qui se présentent.

» Duc DE MASSA. »

Ainsi jugé par la cour de Riom, 5 septembre 1811 (S.-V., 11, 2, 352, et S.-V., 12, 2, 165).

DEUXIÈME SECTION.

Des commis, facteurs ou préposés.

SOMMAIRE.

1. L'action *institoire* doit être portée devant les tribunaux de commerce.

Il n'existe, à cet égard, aucune distinction à faire entre le cas où l'action est intentée par les tiers, ou par le marchand, contre le commis. — Dissentiment avec Dalloz et Carré. — Jurisprudence. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation.

2. En général, ce n'est pas comme commerçants que les commis sont appelés devant les tribunaux de commerce. Dans ce cas, la contrainte par corps ne doit pas être appliquée. — Cependant, il est des gestions si importantes et qui exigent des commis une intervention si personnelle, qu'elles peuvent engendrer des obligations commerciales de la part des commis.

3. Disposition de l'art. 5, titre XII de l'ordonn. de 1673, qui attribuait aux juge et consuls les actions des commis, facteurs ou serviteurs, contre leurs patrons, à raison de leurs gages et salaires. — Opinion de Rogue.

En est-il de même sous la législation du Code ? — Opinion des auteurs qui décident la négative. — Citation de Carré. — Discussion dans le sens de l'opinion contraire. — Exposé de la jurisprudence conforme au premier avis. — Jurisprudence conforme à mon opinion : indication des auteurs qui l'ont adoptée. — Citation de Pardessus.

« Les tribunaux de commerce connaîtront également, 1° des actions contre les
» facteurs, commis des marchands, ou leurs serviteurs, pour le fait seulement
» du trafic auquel ils sont attachés. »

(Art. 634 du *C. de comm.*)

1. Les commerçants, pour accomplir leurs opérations, doivent appeler le concours de tiers qui viennent les aider de leurs soins. Quelquefois ils se servent du ministère des *commissionnaires* et *courtiers*, auxiliaires indépendants, mettant leur activité à la disposition de tous ceux qui désirent les employer. Toujours ils louent les services de facteurs, de commis, de serviteurs, qui, salariés par eux, suivent leurs instructions, et, dans des emplois divers, sont exclusivement attachés à leur personne.

Parmi ces derniers, l'un tient la caisse ou les écritures, l'autre s'occupe des ventes, l'autre entretient l'ordre et la propreté dans les comptoirs ; tous, dans la sphère de leurs attributions respectives, agissent en vertu de mandats, et, sans traiter personnellement, représentent le patron. Ils diffèrent donc des commissionnaires en ce qu'ils ne contractent pas sous leur nom, et des mandataires proprement dits en ce qu'ils sont à gages et que le mandat est en général gratuit.

En droit romain, ces facteurs ou commis étaient appelés *institores*. Aujourd'hui, comme alors, leurs actes donnent naissance à une double action : celle des tiers contre le marchand qui est lié pour raison de leurs engagements pris à l'occasion de leurs fonctions, et que l'on appelle action *institoire*; celle du marchand ou des tiers contre ces préposés, auxquels on peut directement demander compte de leur gestion. — La première de ces deux actions trouve son germe dans les règles du Code civil en matière de mandat, et notamment dans l'art. 1998; l'autre est formellement écrite dans l'art. 634 de la loi commerciale, que nous avons ici placé comme épigraphe.

Malgré la clarté de la loi, Arm. Dalloz, tome V, page 366, et Carré, *Lois de l'org. jud.*, art. 887, pensent que si les tiers ont une action directe et commerciale contre les commis, les marchands qui les ont employés ne sont pas investis de cette même faculté [1]. Les tribunaux ont repoussé cette distinction, qui ne s'appuie ni sur un texte ni sur une raison plausible.

[1] Les tribunaux de commerce sont incompétents pour connaître de la demande formée par un marchand contre l'individu qui s'est engagé à son service comme commis voyageur, en paiement du dédit promis par celui-ci, pour le cas où il ne remplirait pas son engagement. (Brux., 30 oct. 1823; *J. de Br.*, 1823, 2, 291. *Pasicrisie belge*, à cette date.) Un marchand ne peut assigner son commis devant le tribunal de commerce pour règlement de difficultés relatives à son contrat d'engagement. (Brux., 4 fév. 1843; *J. de Br.*, 1843, page 16, *voy.* aussi la note 3, page suivante.)

Leur jurisprudence a formellement décidé que : Les tribunaux de commerce, qui, d'après l'art. 634, sont compétents pour connaître des actions contre les facteurs et commis des marchands, pour le fait *seulement* du trafic du marchand auquel ils sont attachés, sont également bien saisis, soit que la contestation s'élève entre les facteurs et les tiers, ou entre les facteurs et le marchand lui-même, au sujet de son commerce [1].

Voici le texte de l'arrêt de la cour de cassation, dont la rédaction est si précise, qu'il est inutile d'entrer dans des développements.

ARRÊT.

« Attendu que s'il résulte de l'art. 634, § 1er, du Code de comm., que les facteurs ne sont justiciables des tribunaux de commerce que pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés, ce mot *seulement* n'est pas tellement restrictif qu'il rende les facteurs non justiciables des mêmes tribunaux, à l'égard des marchands avec lesquels ils ont contracté, en acceptant d'eux le titre et la qualité de leurs facteurs, lorsqu'ils sont poursuivis pour raison de la gestion et administration qu'ils ont faite en vertu de cette même qualité de facteurs, cette gestion étant de leur part un acte de commerce;

» Que la saine entente de l'art. 634, et du mot *seulement* qui s'y trouve inséré, est que, pour que les tribunaux de commerce soient compétents à l'effet de juger les demandes et actions dirigées contre les facteurs, il faut que ces demandes et actions se rapportent à cette qualité de facteurs;

» . . . .

» Attendu que les facteurs, considérés comme justiciables des tribunaux de commerce, sont classés par l'art. 1er, § 1er, titre II de la loi du 15 germ. an 6, au nombre des débiteurs passibles de la contrainte par corps;

» Qu'ainsi ni cette loi, ni l'art. 634 du Code de comm. n'ont été violés par l'arrêt attaqué;

» La cour rejette. »

La cour suprême, appliquant ce principe dans une autre espèce, a jugé que la liquidation d'une maison de commerce était une gestion commerciale; qu'en conséquence le préposé à cette liquidation, fût-il par profession étranger au commerce (c'était un avocat), pouvait être assigné devant les tribunaux commerciaux, ou y assigner les commis par lui employés, quand il s'agissait de débats relatifs à cette opération [2] — [3].

2. Il est important d'en faire la remarque, à mes yeux, les commis ou facteurs sont soumis à la juridiction commerciale, non parce qu'ils sont considérés comme commerçants, mais à cause de leur position dans la maison du patron. — Dans l'intérêt du commerce, pour que raison soit faite vite et à peu de frais, d'erreurs ou d'infidélités préjudiciables, on a innové sur l'ancienne législation et porté cette règle exceptionnelle, qui s'explique et se justifie par ce motif; mais la rigueur des lois du commerce, et notamment la contrainte par corps, n'étendant son empire que sur les commerçants ou sur les actes de commerce, ces préposés n'y sont pas nécessairement soumis. Sur ce point, nous pensons qu'il ne faudrait pas prendre l'arrêt de la cour de cassation du 30 janvier 1828, que nous venons de transcrire, dans un sens trop absolu. Il faut avant tout examiner, dans les circonstances du fait, si le commis avait une gestion si importante, qu'elle constituait de sa part une opération commerciale.

3. L'ordonnance de 1673 était muette sur ces points; mais en revanche, dans son titre XII, art. 5, elle admettait un autre principe qui n'est point écrit dans notre Code. Elle disait : « Les » juges-consuls connaîtront aussi des *gages, sa-* » *laires et pensions* des commissionnaires, fac- » teurs, ou serviteurs des marchands, pour le » fait du trafic seulement. » (Rogue, tome Ier, no 25, page 20.)

La loi commerciale moderne est-elle exclusive d'une semblable disposition? Ne peut-on, en vertu des principes déjà rappelés, admettre la compétence des tribunaux consulaires pour les actions que les commis, ouvriers, facteurs, serviteurs, intenteraient contre leur patron à raison de leurs gages ou salaires [4] ?

---

[1] Cass., 3 janv. 1828 (S.-V., 28, 1, 189); — Paris, 12 déc. 1829.

[2] Cass., 20 nov. 1834 (S.-V., 35, 1, 477). *Voy.* Orillard, no 478 *bis*.

[3] Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître de la demande en payement d'un solde de compte dirigée par un marchand contre son commis. (Brux., 15 fév. 1843, *J. de Br.*, 1843, 121.) *Voy.*, dans ce sens, Cass. 30 juin 1828 Despréaux, no 420; Pardessus, nos 38 et 1346; Orillard, *de la Comp. des trib. de comm.*, no 478; Amiens, 21 déc. 1824, Brux., 30 oct. 1823.—*Contra*, Carré, *Lois de la comp.*, art. 387; Dalloz, tome V, page 367, no 5. *Voy.* aussi la note de la page précédente.

Le Code de commerce attribue à la juridiction consulaire, non les actions dirigées par les marchands contre leurs facteurs, commis ou serviteurs, mais seulement les actions des tiers contre ces derniers et uniquement pour le fait de trafic du marchand auquel ceux-ci sont attachés. (Brux., 6 fév. 1841; *J. de Br.*, 1841, 327.) *Voy.* Bordeaux, 21 fév. 1826; Aix, 23 janv. 1830; Poitiers, 27 janv. 1830 (Sirey, 1830, 2, 237), Nîmes, 28 juin 1839 (*ib.*, 1839, 522); Despréaux, *Comp. des trib. de comm.*, no 416 — *Voy.*, en sens contraire, Florence, 20 sept. 1839, Rouen, 19 janv. 1813, et la note de la *Pasicrisie*; Paris, 29 nov. 1825 et 23 août 1829 (Sirey, 1827, 204, et 1830, 15) Rejet, 15 déc. 1835 (*ib.*, 1836, 433 et la note); Pardessus, nos 38 et 1346.

Les actions dirigées contre les facteurs, etc., lorsqu'elles ont uniquement pour objet le fait du trafic du marchand auquel ils sont attachés, rentrent dans les attributions de la juridiction consulaire, sans qu'il y ait à distinguer si elles sont intentées par des tiers ou par les marchands eux-mêmes. (Liége, 30 nov. 1843, *J. de Br.*, 1844, page 96.)

[4] Despreaux, no 416; — Armand Dalloz, vo *Compét. comm.*, nos 45 et 46; — Favard, *Répert.*, vo *Trib. de comm.*, sect. II, § 1, no 8, tome V, page 701; — c. Vincens, *Lég. comm.*, tome Ier, page 141; — Carré, *Lois de l'org. jud.*, art. 387, soutiennent la négative.

Carré, qui résume cette opinion, la développe ainsi : « On ne voit pas pour quel motif le législateur aurait permis aux facteurs, etc., de plaider devant le tribunal de commerce contre le marchand auquel ils sont attachés :

» 1° Ils ne se livrent à aucun trafic *avec lui*;

» 2° Le contrat de louage de service est un contrat purement civil, aucune loi ne le place sous la juridiction des tribunaux de commerce, lorsque les services sont loués à un commerçant;

» 3° Enfin, les commis et serviteurs des marchands ne sont pas commerçants. » (*Lois de l'organ. jud.*, art. 387.)

Des trois propositions de Carré, la première et la dernière sont incontestables ; mais la seconde soulève dans la pratique de nombreuses difficultés, sur lesquelles nous nous sommes expliqué en détail, à l'occasion des actes de commerce. Nous n'entreprendrons pas de la réfuter en ce moment, seulement il nous semble que cet auteur n'a pas ici pressenti la véritable raison de décider.

Nous l'avons dit plusieurs fois, et nous ne devons pas craindre de nous répéter, parce que c'est une règle fondamentale qui donne la clef d'une foule de questions, une présomption de commercialité pèse sur tous les actes du commerçant en titre. Comment supposer que celui qui vit pour le commerce et par lui, qui fait de ses opérations son occupation de tous les instants, qui contracte mille obligations commerciales pour un engagement civil, comment présumer que celui-là est resté dans les limites du droit commun? — Cela ne serait ni juste, ni logique.

C'est pour cela qu'une jurisprudence constante, appuyée sur la saine interprétation de la loi, a tenu pour certain que tous les actes du commerçant portent le cachet des actes de commerce, s'il n'y a dans le titre énonciation formelle, ou si, en dehors du titre, il n'y a justification expresse d'une cause étrangère à son négoce.

Cela posé, la question se réduit à ces termes : Celui qui loue les services de commis, de facteurs, d'ouvriers, fait-il chose étrangère à son commerce? N'est-ce pas au contraire à l'occasion de ce commerce, pour l'agrandir, pour l'exploiter, pour le rendre possible, que ces embauchements sont faits?

A nos yeux, poser la question, c'est l'avoir résolue.

La jurisprudence est encore indécise : longtemps elle a penché vers l'opinion de Carré; cependant les arrêts les plus récents semblent indiquer une tendance à revenir à celle que nous venons d'émettre. — En voici l'état :

Les tribunaux de commerce ne sont pas compétents pour connaître des actions intentées par des ouvriers ou commis contre leurs maîtres commerçants, pour le payement de leurs gages et salaires [1].

Pardessus adopte ce dernier avis, en ces termes : « Les engagements entre les commerçants et leurs employés sont des louages de » services, et comme ils ont pour objet le trafic » ou commerce, la connaissance des contestations qui en résultent est attribuée à la juridiction commerciale. » (N° 38.)

« Le commerçant qui a employé un facteur, » un commis, caissier, teneur de livres, peut le » traduire, ou être traduit par lui, au tribunal » de commerce, pour le fait ou les suites de ses » engagements, parce que l'un et l'autre ont » fait, suivant ce qui a été dit n° 38, un contrat » de la compétence commerciale. » (*Cours de droit*, n° 1346.) [2].

---

[1] Florence, 20 sept. 1809 (S.-V., 3, 2, 140, *Pasicrisie*);— Rouen, 19 janv. 1813 (S.-V., 14, 2, 35); — Metz, 21 avril 1818 (S.-V., 19, 2, 81, *Pasicrisie*);—Bordeaux, 2 fév. 1826 (S.-V., 27, 2, 149); — Nancy, 9 juin 1826 (S.-V., 27, 2, 149); — Rouen, 26 mai 1828 (S.-V., 29, 2, 19); — Aix, 23 janv. 1830 (S.-V., 30, 2, 85);—Poitiers, 27 janv. 1830 (S.-V., 30, 2, 238);— Montpellier, 10 juill. 1830 (S.-V., 30, 2, 237); — Nîmes, 28 juin 1839 (S.-V., 39, 2, 222). *Voy.* Orillard, n° 479.

En sens contraire : Lyon, 17 janv. 1821 (Dalloz, v° *Comp.*, page 381):—Paris, 29 nov. 1825 (S.-V., 27, 2, 204) : — Paris, 24 août 1829 (S.-V., 30, 2, 15);—Paris, 11 mars 1834 (S.-V., 34, 2, 552); — cass., 15 déc. 1835 (S.-V., 36, 1, 333); — Limoges, 30 juill. 1836 (S.-V., 36, 2, 389); — Bordeaux, 4 août 1840 (S.-V., 41, 2, 14);—Bordeaux, 10 janv. 1843 (S.-V., 43, 2, 191).

Notamment : Ce tribunal peut statuer sur la demande d'appointements formée par le chef de fabrication.

Il est compétent pour apprécier une demande de majoration de traitement stipulée pour le cas où l'efficacité d'un procédé de fabrication communiqué au fabricant aurait été reconnue. (Brux., 9 mai 1838; *J. de Br.*, 1839, page 370. *Voy.* la note 3, page précédente.

[2] Conformes : Orillard, n° 479; — Horson, quest. 204, tome II, pages 452 et suiv.; — Delv., *Instit. du dr. comm.*, page 363;—E. Vincens, tome Ier, page 141;— Favard, v° *Trib. de comm.*

TROISIÈME SECTION.

Des actions contre les propriétaires, cultivateurs ou vignerons.

SOMMAIRE.

1. Disposition de l'art. 638 qui exclut de la compétence consulaire les actions intentées contre les propriétaires, cultivateurs ou vignerons, pour ventes de denrées provenant de son cru.

2. Quand le propriétaire a vendu à un commerçant, il a le choix d'assigner ce dernier devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. — Citation de Pardessus. — Jurisprudence, et opinion des auteurs.

« Ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce, les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru. »

(Art. 638 du C. de comm.)

1. Cette disposition aurait pu sans danger disparaître du Code. — En effet le système de la loi sur ce point était déjà complet.

L'individu, en tant que propriétaire d'immeubles, cultivateur ou vigneron, n'est pas un commerçant. — En faisant produire à sa propriété rurale tous les fruits dont elle est susceptible, il ne se livre pas à une opération commerciale. Sous aucun rapport il ne pourrait donc être traduit devant les tribunaux de commerce.

Cependant, l'individu peut cumuler deux qualités; il peut être, d'une part, propriétaire d'immeubles, cultivateur ou vigneron, et, d'autre part, commerçant. C'est pour qu'il n'y ait pas de confusion possible, pour que l'acte du propriétaire ne soit pas imputé au commerçant, que l'on a spécifié que la vente de denrées *provenant du cru* ne serait jamais réputée acte commercial.

2. Dans tout contrat synallagmatique, il y a deux parties. Le contrat prend une signification différente, suivant les intentions de tel ou tel contractant. — Il en est de même dans les actes qui ont le commerce pour objet. Nous venons de voir que, pour le propriétaire, *vendre* les denrées de son cru, ce n'est pas commercer; mais pour l'acheteur, *acheter* ces denrées avec l'intention de les *revendre*, c'est revenir aux actes de commerce énoncés dans l'art. 632.

Le contrat est donc civil et commercial tout à la fois : *civil*, quant au propriétaire vendeur; *commercial*, quant à l'acheteur. Dès lors le vendeur, qui ne pourra être appelé devant la juridiction consulaire, aura le choix d'y appeler l'acheteur, ou de saisir de sa demande les tribunaux civils.

Ces principes se trouvaient écrits dans l'ordonnance de 1673 en ces termes : « Art. 10. — » Les gens d'Église, gentilshommes et bourgeois, » laboureurs, vignerons et autres, *pourront faire* » *assigner* pour vente de blés, vins, bestiaux et » autres denrées *procédant de leur cru*, *ou par-* » *devant les juges ordinaires*, *ou par-devant les* » *juges et consuls*, si les ventes ont été faites à » des marchands ou artisans faisant profession » de revendre. »

Jousse commente ainsi cet article : « *Pourront* » *faire assigner*. — Mais les ecclésiastiques, gen» tilshommes, bourgeois, laboureurs, vignerons » et autres ne peuvent etre assignés par les » marchands, pour raison de ces ventes, que » devant les juges ordinaires.

» *Procédant de leur cru*. — Ainsi un parti» culier qui recueille du blé, du vin, des bes» tiaux ou autres denrées de son cru, par exem» ple un laboureur, qui vend des bœufs ou des » moutons à un boucher, a le choix d'assigner » le marchand à qui il les a vendus, et qui fait » profession de revendre, devant le juge ordi» naire du domicile de ce marchand, ou devant » les juges-consuls. » (Pages 317 et 318.)

Quoique le Code de commerce ne contienne pas une disposition aussi explicite, il en résulte clairement que cette doctrine doit encore être suivie. Suivant l'art. 631 du Code, les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce : or, dans l'espèce, il y a ou il n'y a pas acte de commerce, suivant la volonté du non-commerçant demandeur, selon qu'il envisage la contestation, quant à lui ou quant à son adversaire.

Aussi Pardessus dit avec raison, n° 1347 : « Dans tous les cas où l'acte n'est commercial que de la part de l'une des parties, celle qui n'a pas fait acte de commerce est libre de traduire son adversaire, à son choix, devant le tribunal

de commerce ou devant le tribunal civil : au premier cas, il n'y a rien d'injuste envers le défendeur, qui a dû s'attendre à être soumis à la compétence commerciale; au second cas, ce même défendeur n'a pas dû compter que celui avec qui il traitait entendît se rendre justiciable du tribunal de commerce par un engagement qui, de sa part, n'était pas commercial. — On voit par quel motif il n'y aurait pas de réciprocité, et pourquoi celui dont l'acte est commercial, ne peut jamais traduire son adversaire, à l'égard duquel cet acte n'est pas commercial, devant le tribunal de commerce. »

Dans une autre édition, ce même auteur ajoute au passage cité : « La juridiction civile embrasse toutes les personnes comme tous les intérêts : jamais on ne peut se plaindre d'avoir été distrait d'un tribunal d'exception pour être traduit devant le tribunal commun. — D'ailleurs, le non-commerçant, ou celui de la part de qui l'acte n'est pas commercial, ne doit pas être forcé de plaider devant le tribunal de commerce, dont cet acte ne l'a pas rendu justiciable, ce qui arriverait s'il était *obligé* d'y traduire son adversaire [1]. »

QUATRIÈME SECTION.

Des comptables de deniers publics.

SOMMAIRE.

Renvoi, pour ce qui concerne les comptables, au liv. Ier, chap. 7, de cette partie.

« Les tribunaux de commerce connaîtront également.....: 2° des billets faits par » les receveurs, payeurs, percepteurs, ou autres comptables des deniers publics. »

(Art. 634, C. de comm.)

« Les billets des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables des deniers » publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera » point énoncée. »

(Art. 638, C. de comm., § 2e.)

Nous avons traité de cette matière, avec tout le soin qu'elle mérite, au chap. 7 du liv. Ier de cette partie : pour éviter des redites, nous y renvoyons nos lecteurs.

CINQUIÈME SECTION.

Des veuves communes en biens, et des héritiers des justiciables.

SOMMAIRE.

Renvoi, pour les détails relatifs à ce sujet, au liv. Ier, chap. 6, de cette partie.

Nota. — Voir au liv. Ier, ch. 6, de cette partie, les développements sur ce sujet.

(1) Arrêts conformes : cass., 12 déc. 1836 (S.-V., 37, 1, 412); — Bourges, 17 juill. 1837 (S.-V., 38, 2, 120.) *Voy.* Orillard nº 867. Voir *supra*, liv. II, nos 9 et 10.

Contraires : Locré, tome VIII, pages 100 et suiv.; — A. Dalloz, vº *Compét. comm.*, tome Ier, page 554; — Favard, vº *Tribunal de commerce.*

CHAPITRE III.

De la compétence à raison de la matière.

SOMMAIRE.

1. Importance des dispositions de la loi qui règle la compétence commerciale. — Observations de la cour de Paris.
2. Nature exceptionnelle de la juridiction des tribunaux de commerce. — Avis du conseil d'État; opinion des auteurs.
Conséquences qui découlent de ce principe.

1. Les dispositions de la loi qui règlent les matières de la compétence des tribunaux de commerce sont de la plus haute importance. Il était d'une bonne législation d'énumérer avec soin, de définir avec clarté les contestations sur lesquelles la juridiction de ces tribunaux pourrait s'exercer. — Ainsi que le disait avec raison la cour de Paris, dans ses *Observations sur le projet de Code de commerce*, tome 1er, page 410, « il s'agit de mettre fin aux longs procès qui, dès la naissance des juridictions consulaires, ont divisé les tribunaux de commerce d'avec les tribunaux civils, et d'en tarir pour jamais la source, en posant d'une manière claire la ligne de démarcation qui sépare leurs fonctions respectives. »

2. Et d'abord, il faut constater ici le caractère spécial de la juridiction des tribunaux consulaires : cette juridiction est essentiellement *exceptionnelle* et *d'attribution*.

Cette règle, dès longtemps, a été tenue pour constante, et quoique certaine aujourd'hui, elle est tellement fondamentale, qu'il est indispensable de l'appuyer sur les plus imposantes autorités. — Nous trouvons d'abord un avis du conseil d'État du 4 décembre 1810, approuvé le 9 du même mois, qui déclare en termes exprès que les tribunaux de commerce « sont des tri- » bunaux d'exception, et qu'ils ne peuvent con- » naître que des matières dont les tribunaux » ordinaires sont dessaisis par une loi ex- » presse [1]. »

De ce principe général découlent de graves conséquences :

1° A raison même de leur juridiction restreinte, les tribunaux de commerce doivent rester rigoureusement dans le cercle de leurs attributions : statuer, même du consentement des parties, sur des contestations que la loi n'a point soumises à leur empire, ce serait, de leur part, empiéter sur les prérogatives des autres corps judiciaires, ce serait entreprendre sur l'ordre naturel des juridictions. — Dès lors, toutes les fois que l'objet litigieux n'est pas rattaché par la loi à leur compétence, ils doivent, même d'office, prononcer le renvoi.

2° Les tribunaux de commerce, leur décision rendue, ont épuisé leur juridiction. Ils ne peuvent en surveiller l'exécution, car les difficultés relatives à cette exécution ne sont plus des difficultés commerciales, mais des contestations qui trouvent dans le droit commun leur origine et leur solution. Les actes à opérer sur de semblables litiges sont des actes d'injonction et de commandement, qui ne sont le partage de la juridiction extraordinaire que dans le cercle tracé par la loi. Ce droit d'exécution appartenait exclusivement au juge ordinaire, duquel l'ancien brocard disait : *Do, dico, et addico.*

Les auteurs tenaient ceci pour constant. — On lit dans d'Argentré : « *Suas sententias exequi* » *non possunt, qui territorium non habent, ut* » *præfecti mercatorum, nisi quatenus novissimis* » *legibus obtinuerant.* » — (*Sur la coutume de Bretagne*, art. 19, note 1, nos 4 et 7.)

« Les sergents de la justice ordinaire peuvent » exécuter les sentences des juges extraordi- » naires; même il n'y a, et n'y doit avoir que » les sergents de l'ordinaire qui puissent faire » des ventes de biens à l'encan et par subhasta- » tion; parce que c'est comme un acte légitime » et dépendant de l'action de la loi, laquelle

(1) Jousse, page 290; — Pardessus, no 1348. — Locré, tome VIII, pages 173 et suiv.; — Henrion de Pansey, *Autorité judic.*, tome 1er, pages 251 et suiv.; — Boncenne, quest. 107, tome II, page 421; — Carré, *Lois de la compét.*, quest. 147; — E. Vincens, tome 1er, chap. IV, pages 111 et 112. — Merlin, vo *Trib. de comm.*, tome XIV, page 106; — Bravard-Veyrières, page 907; — Favard, vo *Trib. de comm.*, sect. II, § 1, no 1, tome V, page 691; — Teulet, notes 3 et 4, sous l'art. 442 du *Code de procédure*, page 220; — A. Dalloz, vo *Compét. comm.*, no 4, tome 1er, page 451, enseignent aussi cette doctrine.

» n'appartient qu'à la justice ordinaire. Et est » vrai en bonne école, que les oppositions for- » mées aux exécutions de biens, faites en vertu » des sentences des juges extraordinaires, doi- » vent être traitées en la justice ordinaire, *parce* » *que les juges, qui ont leur pouvoir limité, ayant* » *donné leur sentence définitive, ont accompli* » *leur pouvoir, et ce qui survient par après est* » *de l'ordinaire*, sauf seulement s'il était ques- » tion de l'interprétation de leur sentence, » parce qu'alors c'est la même notion, et que » d'ailleurs c'est toujours à celui à s'interpréter, » qui a parlé obscurément. » — Loiseau, *Des* » *offices* liv. Ier, chap. 6, nos 51, 52 et 53.

Notre loi de procédure a accepté ces principes, lorsqu'elle a disposé dans son art. 442 : « Les tribunaux de commerce ne connaîtront point de l'exécution de leurs jugements. »

3° Si la loi commerciale se trouvait muette sur certains points, les juges statuant en matière de commerce devraient l'éclairer en emprun-tant à la loi commune les dispositions analogues. — Au contraire, si quelque lacune existait sur un point d'une contestation civile, les tribunaux de première instance ne pouraient la combler à l'aide d'une disposition du Code de commerce, qui renferme une législation toute spéciale.

4° Si un débat commercial était porté devant un tribunal civil, ce tribunal ne serait pas tenu de se déclarer d'office incompétent, alors que les parties renonceraient à demander leur renvoi. — Pour la juridiction ordinaire, universelle, il n'y a point d'incompétence à raison de la matière; les juges d'exception ne peuvent se dire dépouillés de leurs attributions, quand les justiciables se montrent désireux de s'en tenir à la juridiction générale.

Ici nous devons poser cette proposition, comme étant hors de critique. Dans la 1re section qui suit, nous en faisons l'objet d'une étude particulière.

PREMIÈRE SECTION.

De l'incompétence des tribunaux civils pour connaître des contestations commerciales.

SOMMAIRE.

1. L'incompétence des tribunaux civils, relativement aux affaires commerciales, est-elle si absolue qu'ils soient tenus de se dessaisir d'office?

 Gravité de la question : auteurs qui la résolvent en sens divers.

2. Organisation, en France, sous l'ancienne législation, des juridictions ordinaire et extraordinaire. — Ordonnance de 1355. — Citations de Dumoulin, Heineccius, Loyseau, Domat.

3. Nouvelle législation : loi du 24 août 1790. — Les tribunaux de commerce restent ce qu'étaient les juge et consuls, des tribunaux d'exception. — Les tribunaux civils sont, au contraire, les juges ordinaires.

4. Conséquences premières de ce double caractère.

5. Quand les parties ne contestent pas la compétence des tribunaux civils saisis d'une affaire commerciale, ces tribunaux doivent-ils se dessaisir d'office?

 Solution affirmative admise par Carré, Henrion de Pansey, Boncenne.

6. La solution contraire me paraît plus admissible. — Citation de Dalloz.

7. Raisons qui ont déterminé mon opinion. — Discussion approfondie

8. Résumé complet de l'opinion des auteurs.

9. Jurisprudence unanime dans le sens de la doctrine que j'ai adoptée.

10. Citation du texte de plusieurs arrêts.

11. L'incompétence doit être proposée *in limine litis*

1. *Les tribunaux civils peuvent-ils connaître des contestations commerciales, lorsque leur incompétence n'est proposée par l'une ni par l'autre des parties?* En d'autres termes, *l'incompétence des tribunaux civils, relativement aux affaires commerciales, est-elle si absolue qu'ils soient tenus de se dessaisir d'office?*

C'est là une grave difficulté qu'il importe de traiter avec soin.

Disons-le dès l'abord, une jurisprudence unanime a constamment, sous l'ancienne comme sous la nouvelle législation, décidé que les magistrats de première instance pouvaient, sans entreprendre sur les juridictions consulaires, retenir la connaissance de semblables litiges. — La doctrine, au contraire, n'a pu se réunir dans un même sentiment. D'un côté, ce sont Henrion de Pansey, Boncenne et Carré, qui combattent ces décisions des cours; de l'autre, ce sont Merlin, Pardessus, E. Vincens, Dalloz, qui les soutiennent et les justifient.

Après une étude sérieuse, nous avons adopté

cette dernière opinion, qui nous paraît la plus conforme aux grands principes sur les juridictions, qui nous semble répondre mieux aux vrais besoins du commerce.

2. Dans les pays de peu d'étendue, ou ces temps où le mouvement des intérêts sociaux pouvait être dirigé sans efforts, à l'aide de procédés simples et naturels, par l'action d'une volonté unique, le souverain pouvait concentrer dans ses mains et exercer personnellement le droit de rendre la justice. Mais lorsque les peuples ont multiplié leurs relations à l'infini, lorsque les besoins de la société se sont développés, lorsque les subtilités du droit ont rendu nécessaire la constatation des conventions au moyen des actes, lorsque enfin ces actes ont donné naissance à de nombreux litiges, le chef de l'État a dû déléguer l'exercice de son pouvoir judiciaire, et constituer des tribunaux.

Plus tard encore, la nature toute spéciale de certaines opérations a engendré des procès, puisant dans leur origine même des difficultés d'un ordre tout à fait exceptionnel. Et dès lors, la faiblesse, l'imperfection de l'intelligence humaine, ont nécessité la création de juridictions particulières.

De là cette première et grande division en tribunaux *ordinaires*, ayant pleine et entière juridiction, et tribunaux *exceptionnels*, n'ayant que des attributions restreintes.

En France, aux temps où l'administration de la justice participait de la confusion que la féodalité jetait sur toutes les institutions, on comptait diverses espèces de tribunaux appelés prevôtés, bailliages, requêtes de l'hôtel, connétablies, maîtrises des eaux et forêts. Leur compétence n'étant pas clairement définie, les justiciables avaient à se plaindre à tout instant de tiraillements et de conflits. — Cet état de choses appela l'intervention des états généraux, et sur leurs remontrances, l'ordonnance de 1355 fut rendue. On lit dans son art. 18 :

« Voulons et ordonnons que *toute juridiction* » soit laissée aux juges ordinaires, sans que » nos sujets soient désormais traiz et ajournez » par-devant les maîtres des requêtes, les connétables et mareschaux, et les maîtres des » eaux et forêts; *excepté tant seulement*... »

Ici, se manifeste ce système de la centralisation des pouvoirs judiciaires dans les mains des magistrats investis d'une juridiction universelle. A eux la connaissance de tous les procès; leur mission n'a d'autres limites que celles que des dispositions formelles viennent y apporter. Au contraire, à ces autres magistrats, chargés accidentellement du soin de juger les contestations détachées de la juridiction commune, une mission restreinte qui ne s'étend point au delà du cercle tracé par la loi.

Dumoulin sentait cela à merveille lorsqu'il disait : « *Ordinaria jurisdictio est quæ per* » *legem vel principem datur universaliter pro* » *modo territorii.* » (Ad lib. III, Cod., tit. XIII.)

Heineccius ajoutait : « *Extraordinaria juris-* » *dictio est quæ non, nisi certis magistratibus*, » *speciali lege defertur.* » Ad Pand., lib. II, tit. Ier, n° 251.)

Loyseau rendait aussi hommage à ces principes : « Nous tenons en France, dit-il, qu'outre les officiers des cours souveraines extraor- » dinaires, il n'y a, d'ailleurs, que ceux de la » justice ordinaire qui soient vrais magistrats, » ayant seuls puissance ordinaire, juridiction » entière, et vrai détroit et territoire, qui est » à nous la marque de la juridiction et de la » magistrature : et, quant aux officiers des » justices extraordinaires, ils ont plutôt une » simple notion, ou puissance de juges, qu'une » vraie juridiction. Les élus sont... les juges- » consuls du fait de marchandise; mais ces » juges ordinaires sont les juges du lieu et du » territoire. » (*Des offices*, liv. Ier, chap. 6, n° 48.)

Domat, à son tour, s'exprime ainsi : « La » première distinction à faire est celle des offi- » ciers, qui connaissent de toutes matières » civiles, criminelles et de toutes autres indis- » tinctement, à l'exception de quelques-unes, » qui ont été attribuées à d'autres juges; et » c'est par cette raison que l'on appelle cette » juridiction *ordinaire*, pour la distinguer de » celle des autres juges, que l'on appelle *ex-* » *traordinaire*. — Ainsi, les parlements, les » baillifs, les sénéchaux et les autres officiers » semblables, exercent la juridiction-ordinaire; » et les autres, qui connaissent des finances, des » tailles, des aides, des gabelles, des monnaies » et d'autres matières, distraites de la juri- » diction ordinaire, sont censés les juridictions » extraordinaires... Ainsi, les juges ordinaires » sont ceux qui ont naturellement la connais- » sance de toutes matières, sans autres excep- » tions que de celles qui ont été attribuées » expressément à d'autres juges. » (*Droit public*, part. II, liv. II, tit. Ier, sect. 2, § 15.)

3. Voilà, sous l'ancienne législation, un principe nettement établi. — Les nouvelles lois, qui ont organisé le pouvoir judiciaire, l'ont-elles modifié? Les tribunaux civils dits de première instance ont-ils hérité de cette juridiction pleine et entière; résument-ils en eux seuls la juridiction ordinaire? Les membres des tribunaux de commerce ont-ils cessé d'être ce que Loyseau disait, des juges-consuls, *des officiers de justice extraordinaires*, ont-ils aussi leur part de la juridiction ordinaire?

La loi du 24 août 1790 trace la séparation des pouvoirs. Au lieu de déroger aux principes consacrés depuis si longtemps, elle s'efforce au contraire de leur donner une nouvelle sanction. Chose remarquable, son art. 4,

tit. IV, emprunte à l'ordonnance de 1355 non-seulement son esprit, mais encore ses termes : « Les juges de district (les tribunaux de » première instance) connaîtront en première » instance *de toutes les affaires* personuelles, » réelles et mixtes, *en toutes matières*, EXCEPTÉ » SEULEMENT celles qui ont été déclarées de la » compétence des juges de paix, les affaires » de commerce, dans les districts où il y aura » des tribunaux de commerce établis, et le » contentieux de la police municipale. »

Ainsi, pas de doute possible : d'un côté les tribunaux de première instance constituent la juridiction commune; à eux s'appliquent ces paroles de Domat : « *Les juges ordinaires sont » ceux qui ont naturellement la connaissance » de toutes matières, sans autre exception que » de celles qui ont été attribuées expressément à » d'autres juges.* » D'un autre côté, les tribunaux de commerce, quoiqu'ils aient la puissance de statuer sur certain genre d'affaires, ne sont que des tribunaux exceptionnels, enfermés étroitement dans la sphère de leurs attributions.

4. Cela posé, il est deux points qui sont hors de toute contestation :

En premier lieu, les tribunaux de commerce saisis d'un débat civil ne peuvent, même du consentement des parties, le mener à fin, par cette raison que, simples juges d'exception, ils ne peuvent étendre leurs pouvoirs hors des affaires commerciales, n'ayant ni territoire, ni juridiction générale, ils voient s'anéantir avec elles la mission temporaire qui leur fut confiée. Leur incompétence est radicale, d'ordre public; ils doivent la prononcer d'office (1).

En second lieu, les tribunaux civils saisis d'un débat commercial ne peuvent le mener à fin, si les parties, usant du droit que la loi leur accorde, viennent réclamer le bénéfice d'un renvoi en justice commerciale.

5. Cependant si ces parties se taisent, si par accord tacite, mais exprès, elles concluent au fond devant ce tribunal, si elles provoquent une décision, si elles la laissent rendre, si elles renoncent ainsi à leur droit, pourront-elles, postérieurement et devant un tribunal supérieur, se plaindre de ce que leur volonté a été faite? Seront-elles recevables à soutenir que, d'office, le tribunal devait les renvoyer en juridiction consulaire?

Là est le véritable nœud de la difficulté.

Carré, *Lois la de compétence*, quest. 472, est de tous les auteurs celui qui consacre à la question le plus de développements. — Il commence par nier cette théorie qui attribue aux juges ordinaires pleine et entière juridiction sur toutes matières, alors que le déclinatoire n'est pas soulevé. Après avoir rappelé, en citant Pothier et Merlin, que l'incompétence à raison de la matière est d'ordre public ; que, dans le silence des parties, les juges doivent la déclarer *proprio motu* ; il soutient que l'incompétence des tribunaux civils pour connaître des affaires commerciales est de cette nature. Pour le démontrer, il remonte à la loi de 1790, qui, suivant Henrion de Pansey, a établi un *mur de séparation* entre les juridictions civile et commerciale. — Puis il explique que la juridiction consulaire est toute réelle; qu'elle n'a rien de personnel; qu'elle a été instituée non dans *l'intérêt des commerçants*, mais dans *l'intérêt du commerce et de la société*; qu'elle s'étend à des actes, et non à des individus; qu'au lieu d'être exceptionnelle, elle est ordinaire, en ce qui touche la nature spéciale des contestations à elle déférées; que, dès lors, les tribunaux de première instance doivent, en tout état de cause, même d'office, se dessaisir des affaires commerciales qui leur seraient soumises du consentement mutuel des parties.

De son côté, Boncenne formule ainsi le motif qui le détermine : « Les législateurs de 1790 détruisirent de fond en comble l'ancienne organisation judiciaire ; en réédifiant, ils créèrent des tribunaux ordinaires pour connaître de toutes les causes réelles, personnelles et mixtes, *excepté*, entre autres, *les affaires de commerce*, auxquelles il fut donné des juges spéciaux. On ne peut pas dire aujourd'hui, comme autrefois, *que ces affaires ayant été distraites de la juridiction universelle*, le retour à l'état primitif est toujours favorable, car l'état primitif de la juridiction actuelle ne remonte qu'à 1790, et, lorsqu'on régla les attributions des tribunaux ordinaires, les matières commerciales n'y furent point comprises; bien plus, elles en furent très-formellement exclues. En disant ce dont ils pouvaient connaître, on désigna ce dont ils ne pouvaient pas connaître. — L'incompétence est donc absolue ; elle peut être proposée en tout état de cause, elle doit même être prononcée d'office. » (*Théorie de la proc. civ.*, introd., tome Ier, page 81.)

6. Nous ne saurions accepter cet avis. — Avant d'exposer nos motifs, laissons à Armand Dalloz le soin de répondre à cette objection, tirée par Boncenne de la loi de 1790 : « On objecte que toutes les juridictions ont été réorganisées simultanément, et que, de fait, nos tribunaux civils n'ont jamais eu les attributions dévolues aux juges de paix et aux tribunaux de commerce. Il faudrait remonter bien haut pour trouver le temps où les anciennes juridictions ordinaires exerçaient le pouvoir judiciaire sans aucun par-

(1) Cela était aussi de principe sous l'ancienne législation. — Jousse, dans son commentaire sur l'art. 14 de l'ordonnance de 1673, page 328, rapporte d'après Chenu, plusieurs arrêts rendus en ce sens.

tage avec les juridictions exceptionnelles ; et le résultat de cette investigation historique conduirait infailliblement à reconnaître que quelques-uns des anciens tribunaux ordinaires, qui se sont succédé à diverses époques, sous diverses dénominations, n'ont jamais eu non plus, de fait, l'exercice de l'autorité juridictionnelle dans toute sa plénitude. Le motif dont parle Henrion ne peut donc faire obstacle à ce que la compétence de nos tribunaux d'aujourd'hui soit prorogée, comme elle l'était autrefois, aux matières que la loi place dans le domaine des tribunaux d'exception. La raison qui nous semble décisive en faveur de cette prorogation, c'est la capacité du magistrat ordinaire; c'est l'instruction qu'on lui suppose; ce sont les garanties que la loi exige de lui, et qu'elle ne demande pas au juge d'exception, garanties qui le rendent habile à connaître de tous les débats qui peuvent diviser les citoyens. Comment d'ailleurs concevrait-on la défense faite aux parties de porter devant un tribunal civil une contestation commerciale, ou de la compétence de la justice de paix, à côté de la faculté qui leur est laissée de proroger la juridiction du juge de paix, en matière personnelle et mobilière, jusqu'à la somme la plus élevée? Mais il faut absoudre la loi d'une inconséquence si grave ; elle a donné elle-même la solution de la question que nous agitons, quand elle a disposé que, dans les arrondissements où il n'existerait pas de tribunaux de commerce, les affaires commerciales seraient jugées par le tribunal civil, au lieu de les renvoyer au tribunal de commerce le plus voisin. » (V° *Compétence*, page 311.)

7. Maintenant qu'il nous soit permis, à notre tour, d'examiner la question dans son entier. Voici pourquoi nous adoptons ce dernier système :

1° Si des magistrats étaient chargés de statuer sur *tous les litiges, sans aucune exception*, ni le législateur, ni la doctrine des jurisconsultes, n'auraient eu la pensée de proclamer l'importante distinction entre la juridiction *ordinaire* et la juridiction *extraordinaire*. — C'est précisément parce que certains litiges ont été distraits de l'appréciation des juges ordinaires, que des juges particuliers ont été créés. L'exception, au lieu de détruire la règle, la confirme. Le mot *excepté* qu'emploie la loi de 1790, ne renverse pas le principe fondamental de l'établissement de magistratures ayant pleine et entière juridiction ; au contraire, elle fortifie ce principe, que consacrait, au dire des docteurs, l'ordonnance de 1355, laquelle admettait la même restriction et dans les mêmes termes.

Dire qu'*un mur de séparation* a été établi par la loi entre les tribunaux de commerce et les tribunaux de première instance, ce serait méconnaître cette règle essentielle, si l'on ne renfermait les expressions de Henrion de Pansey dans de justes limites.—Oui, le législateur a élevé un mur de séparation qui interdit aux tribunaux de commerce de faire invasion dans le domaine des affaires civiles, par cette raison bien simple que les tribunaux exceptionnels n'ont juridiction que sur des matières déterminées. — Oui, encore, ce mur de séparation protége certains individus des envahissements des tribunaux de première instance, qui pourraient tenter de les priver de leur droit d'être jugés par leurs pairs.—Mais si ces individus renversent par leur volonté l'obstacle édifié dans leur intérêt ; s'ils veulent renoncer au bénéfice qui leur fut accordé, s'ils croient utile de faire retour à l'ordre de choses primitif et général, pourquoi ne le pourraient-ils pas? Là, nous voyons la juridiction commune saisie, et nous disons que, dans ce sens, il n'existe pas de mur de séparation.

2° Nous savons, et nul ne l'ignore, et Carré n'avait pas besoin de s'entourer d'autorités pour le démontrer, que l'incompétence matérielle est absolue, radicale, qu'elle doit être d'office déclarée par les magistrats ; au besoin l'art. 170 du Code de proc. civ. nous l'apprendrait.

Mais les matières commerciales ne peuvent-elles dans aucun cas être déférées aux tribunaux de première instance? Ces tribunaux sont-ils nécessairement sans pouvoirs pour les juger? — Carré, tournant dans un cercle vicieux, pose l'affirmative comme constante, parce qu'il s'agit pour lui d'incompétence à raison de la matière ; or c'est précisément cette question qu'il importe avant tout de résoudre.

Voyons si nous parviendrons à l'éclairer.

Dans notre ordre judiciaire, trois grandes divisions subsistent : 1° les matières criminelles, qui toutes sont déférées aux cours d'assises, aux tribunaux correctionnels, aux tribunaux de simple police ou aux conseils de guerre ; 2° les matières administratives, qui toutes sont déférées au conseil d'État et aux conseils de préfecture ; 3° et les matières civiles qui, dans leur ensemble, dans leur généralité, sont déférées aux tribunaux de première instance.

Ces trois grandes branches de contestations sont organisées par des lois séparées et particulières.

Carré voudrait en constituer une quatrième, les matières commerciales. Là se trouve l'erreur. — En suivant ce système, il faudrait établir autant de catégories que de tribunaux différents ; dire que les matières de la compétence des juges de paix forment aussi une division entièrement indépendante des matières civiles ; que celles dont la connaissance est attribuée aux prud'hommes, sont choses également distinctes des matières commerciales. Nous ne pouvons accepter cette doctrine.

A nos yeux, ces objets sur lesquels les tribunaux de commerce, les justices de paix, les conseils de prud'hommes peuvent statuer, ne sont autre chose que des objets empreints de la nature civile, des branches d'un même tronc. — Pour éviter les frais et l'encombrement des li-

tiges, pour activer leur solution, pour les éclairer de l'expérience d'hommes spéciaux, le législateur a pensé qu'il serait utile d'établir des catégories, de séparer du faisceau des procès civils certains procès ayant un caractère déterminé ; mais en faisant cela, il n'a pas modifié ce caractère à tel point, qu'il en ait fait des contestations étrangères à la source commune.

Si aujourd'hui, à cause de la difficulté du régime hypothécaire, les affaires d'ordre et d'hypothèque étaient confiées à un tribunal spécial, en seraient-elles moins des affaires civiles? Pourquoi en serait-il autrement des affaires commerciales ?

Il existe même un motif particulier pour confirmer cette règle.

Nous l'avons dit en définissant les actes de commerce, le point qui les sépare des transactions civiles est bien délicat; souvent il est impraticable. L'intention de celui qui a contracté constitue l'essence du contrat. Ainsi, un individu achète des marchandises : fait-il ou ne fait-il pas une opération de trafic ? Pour le savoir, il faut pénétrer dans sa pensée, rechercher s'il a acquis pour consommer, ou, au contraire, pour revendre et trafiquer. Quelquefois cette intention sera transparente, mais le plus souvent elle sera entourée d'obscurité. Si les parties n'éclairent pas les magistrats, si, par leurs conclusions, elles n'appellent leur attention sur cette nature de l'acte qui est la base de leur compétence ou de leur incompétence, comment ces magistrats pourront-ils savoir, deviner que la contestation est commerciale ? Ne devront-ils pas supposer, par cela seul qu'on plaide devant eux, qu'il s'agit d'un débat ordinaire ?

Voyez où l'on irait avec le système contraire. Un tribunal de première instance est saisi d'un procès. les deux parties plaident au fond : rien n'indique aux juges que ce procès a pour cause un acte de commerce ; ils statuent. — Celui qui a perdu son procès interjette appel : devant la cour, il plaide encore au fond, puis, au moment où l'arrêt va intervenir, il demande à prouver et il prouve que son engagement était commercial. Faudra-t-il infirmer la décision des premiers juges ? faudra-t-il renvoyer les parties à se pourvoir derechef, les entraîner dans des frais incalculables, leur infliger un retard si préjudiciable ? — Dans le système que nous combattons, il faut répondre : Oui, car il s'agit d'incompétence matérielle. Peu importe que cette incompétence ait été douteuse, inaperçue, elle n'en existait pas moins, et l'incompétence à raison de la matière devant être prononcée en tout état de cause, même en cause d'appel, les premiers juges devaient avoir la science infuse, et deviner ce que leur intelligence ne leur permettait pas d'entrevoir.

Eh bien, nous disons, nous, qu'un pareil système serait inique, désastreux ; qu'il récompenserait la négligence ; qu'il faut éviter les frais aux justiciables ; que l'on doit fermer la porte aux calculs de la chicane et valider toutes les conventions des parties, lorsqu'elles ne portent pas atteinte aux principes des bonnes mœurs et de l'ordre public.

Ici nous rencontrons la seconde partie de l'objection que nous venons d'examiner, l'objection tirée de ce que les procès commerciaux forment une matière distincte des procès civils.

« Les tribunaux de commerce n'ont été établis qu'en faveur d'une certaine classe, en faveur des commerçants seulement; ils l'ont été dans l'intérêt du commerce, et pour toutes les affaires ayant trait à des actes de commerce *entre toutes personnes*; dès lors leur juridiction s'étend plutôt sur les choses que sur les personnes ; on pourrait même dire qu'elle est purement relative aux choses, puisque les tribunaux de commerce ne connaissent des contestations entre commerçants qu'autant qu'elles concernent leur commerce.

» De là il faut conclure que leur juridiction est forcée ; qu'elle est la seule à laquelle on puisse recourir dans toutes les affaires commerciales, soit entre commerçants, soit entre non-commerçants. » — (Carré, pages 30 et 31.)

Les commerçants ne forment point, dans l'État, une classe à part : membres de la grande famille, ils apportent leur tribut à la fortune publique, qu'un indissoluble lien unit à la fortune du commerce ; attachés à sa bonne comme à sa mauvaise chance, ils prospèrent, ou souffrent, ou périssent avec lui. Aussi, quand le législateur fonde un établissement commercial, le *but* qu'il se propose, c'est d'alimenter, d'accroître les sources de la prospérité commune, et, par conséquent, les sources de la prospérité du commerce en général. — Ceci est parfaitement clair, et nous rendons hommage au principe posé par le savant auteur des *Lois de la compétence*. Mais s'il a défini à merveille la *fin* du législateur, il s'est arrêté au point essentiel, il n'a pas recherché le *moyen*. Ce moyen, le voici :

Le commerce, pris dans sa généralité, est un être moral, qui représente une collection d'individualités. Comment cet être moral pourrait-il être florissant, si chacune des individualités qui le composent était entourée d'entraves et de gêne? Le *seul moyen* d'étendre la richesse publique, c'est de protéger, de sauvegarder les intérêts particuliers, d'assurer le bonheur et l'aisance des citoyens. — Dans toute création commerciale, la *personne* des commerçants n'est donc pas entièrement indifférente. La considération qui s'y attache n'en existe pas moins, quoiqu'elle soit la conséquence d'une idée préexistante, la prospérité du commerce. En un mot, c'est en faveur du commerce que les commerçants sont soumis à des devoirs, c'est encore en faveur du commerce qu'ils sont investis de droits et privilèges.

Appliquons ces généralités à notre question spéciale.

C'est pour favoriser l'essor du commerce que le législateur a créé une juridiction exceptionnelle.—Il a pensé que *chaque* procès de *chaque* commerçant engagé pour affaire de négoce y serait mieux, plus vite, et à moins de frais jugé. Mais si un commerçant, persuadé au contraire qu'il sera mieux ou plus vite jugé par la juridiction ordinaire, du consentement de son adversaire vient lui soumettre son litige, est-ce donc qu'en lui refusant ce droit, en gênant sa liberté, en contrariant ses intérêts, sous prétexte qu'on s'est occupé de ses actes et non de sa personne, vous ne portez pas une atteinte directe à la liberté, aux intérêts du commerce et de la société? Sous ce premier point de vue la personne du commerçant a été, pour la loi, l'objet d'une sérieuse attention

Ce n'est pas tout; pour démontrer que le Code régit uniquement la matière et jamais la personne, on argumente de cette disposition, qui soumet au tribunal de commerce, même le non-commerçant obligé pour dette commerciale. Ici encore nous voyons un système trop exclusif: il est bien vrai que la nature de l'acte est la cause principale de cette attribution de juridiction, mais la personne n'y est pas entièrement étrangère. Le simple particulier, qui se livre à une opération de commerce, perd momentanément une partie de sa qualité civile, il fait un premier pas vers une transformation. A raison de son fait de marchandise il est *assimilé* au commerçant; s'il en fait deux, puis trois, puis dix, il avance vers cette transformation, qui devient complète le jour où il s'est livré d'habitude et professionnellement à la perpétration d'actes semblables.

C'est, en vérité, pousser les choses à l'extrême que de prétendre qu'en instance commerciale il n'y a pas de compétence personnelle. Comment dire cela en présence du § 1er de l'art. 631: « Les tribunaux de commerce connaîtront, » 1° de toutes contestations relatives aux enga- » gements entre négociants, marchands et ban- » quiers? » Cette disposition est d'autant plus claire, qu'après avoir fait la part de la personne, le § 2 fait la part de l'acte. Dans le premier cas, c'est la personne du commerçant qui est traduite à la barre consulaire. — Nous savons bien que ce commerçant peut détruire la présomption légale, et justifier qu'il est obligé pour cause étrangère à son commerce; que sous ce rapport, la compétence ou l'incompétence est mélangée d'un double caractère; mais qu'arrive-t-il s'il ne peut profiter du bénéfice de la loi? Voilà ce commerçant assigné devant le tribunal de commerce: au fond, et en réalité, il a contracté un engagement purement civil; mais par malheur il faut qu'il démontre cette origine; il faut que, la preuve en main, il neutralise l'effet de sa qualité; or, cette preuve échappant à ses efforts, il reste soumis à la rigueur des lois commerciales. Dans cette hypothèse, c'est uniquement la personne qui détermine la compétence.

Pour l'honneur des principes, il était indispensable de suivre la discussion sur ce terrain; il fallait établir que la compétence des tribunaux de commerce est le plus souvent matérielle, en ce sens que c'est la nature de l'acte qui domine; mais il fallait aussi détruire cette assertion erronée qui refuse à la qualité de la personne sa part de légitime influence.

Maintenant, le mot décisif nous l'avons dit. — En supposant que le caractère commercial d'un litige fût tout entier concentré dans la matière, nous pensons que cette matière ne serait pas étrangère aux tribunaux de première instance; un débat commercial n'est autre chose qu'un débat civil, dans l'acception complète du mot. Comme les matières attribuées aux juges de paix et aux prud'hommes, c'est une importante fraction de ces innombrables transactions qui n'ont pour limite que le pouvoir administratif et que l'organisation des juridictions criminelles. Momentanément détachée de la source commune, cette fraction peut y faire retour.

Ici encore nous rencontrons une erreur échappée à de savants jurisconsultes, et qui, formulée en termes généraux, irait droit au cœur de la difficulté qui nous occupe. On lit dans Delamarre et Lepoitevin, *Traité du contrat de commission*, tome Ier, chap. 1er, n° 6, page 14: « Ainsi *droit* civil et *droit* commercial, c'est une erreur de dire, comme on le répète si souvent, que celui-ci n'est qu'une exception de l'autre. Chacun d'eux est *sui generis* quant aux affaires qui lui appartiennent. »

Puis, dans le tome III, n°s 13 et suivants, pages 26 et suivantes, ces auteurs développent et soutiennent ces paroles.

Si ce principe, posé avec tant de certitude, était exact, une des conséquences qu'il faudrait en extraire, ce serait la séparation absolue des affaires civiles et des affaires commerciales; dès lors la solution ci-dessus serait frappée dans son principal argument, et il faudrait admettre l'incompétence radicale des tribunaux civils pour juger les affaires commerciales.

Nous ne comprenons pas comme les auteurs cités la nature et la portée de la législation commerciale. Suivant nous, voici le vœu du législateur. Les opérations de commerce et les contestations qui en découlent sont si importantes, qu'il était nécessaire de les séparer des affaires civiles, de donner une loi spéciale pour en régir les transactions, et une juridiction pour en décider les litiges. Mais en les classant dans une catégorie particulière, la loi n'a pas rompu avec leur passé, n'a pas oublié leur origine, ne les a pas soustraites à l'empire du droit commun. Ce passé, cette origine, sont-ils difficiles donc à saisir? Eh! mon Dieu, non! En 1563,

au mois de novembre, la juridiction consulaire de Paris a été créée. Jusqu'à cette époque, les affaires commerciales étaient régies uniquement par la loi civile, et les procès commerciaux étaient, uniquement aussi, vidés par les juges ordinaires. Le lendemain de l'édit, ces procès appartenaient aux juges-consuls, comme la veille ils étaient dans le domaine des juges primitifs. Dès lors cette séparation, toute relative et non pas absolue, motivée par une meilleure administration de la justice, n'a eu ni la puissance ni la volonté de changer la nature des matières.

Le droit commercial n'est donc pas *sui generis;* il est essentiellement du genre du droit civil, dont il est un appendice. En effet, il ne peut se suffire à lui-même; il est obligé de faire retour à chaque instant, pour tous les sujets qu'il traite, à la loi commune. — S'agit-il de société, de vente, de commission, de lettres de change, et même de commerce maritime? il emprunte au Code civil ses règles et ses principes généraux. Seulement, je me hâte d'expliquer cette pensée, afin qu'elle ne soit pas mal interprétée : cette loi de commerce est une branche si considérable du droit civil, qu'à la différence des autres matières exceptionnelles du même ordre, elle a mérité un Code particulier, dont on doit suivre les dispositions avant toutes les autres; mais quand ce Code est muet, où va-t-on puiser les sources de la décision? Dans le Code civil, qui reprend son empire. — Un autre point de vue va faire ressortir la vérité de ces assertions. Si le droit civil et le droit commercial marchaient de front et sur la même ligne, si chacun d'eux avait sa nature propre, on pourrait, pour combler les lacunes du droit commercial, puiser dans le droit civil, ou bien par réciprocité, on pourrait combler les lacunes du droit civil avec les prescriptions du droit commercial. Or, jamais personne n'a prétendu qu'on pût agir ainsi. La législation commerciale, n'étant qu'une annexe à la législation commune, ne peut être étendue hors des matières qu'elle est destinée à régler. Par ces motifs, nous persistons dans les réflexions précédemment émises [1].

3° Quoique la question nous paraisse résolue par ces premières réflexions, il en est encore que ne pouvons omettre.

Combien, en suivant l'avis de Carré, ou amoindrirait la situation des tribunaux de première instance! — Les parties, maîtresses de leurs droits, peuvent compromettre en toute matière. Elles peuvent, d'un commun accord, dessaisissant la juridiction consulaire et même la juridiction commune, faire juger leurs litiges par de simples particuliers, par des arbitres. Et elles ne pourraient pas investir les tribunaux de première instance d'une semblable prérogative?

Ici nous pressentons une objection à laquelle il est utile de répondre.

Mais si les parties peuvent, à l'aide d'un compromis, saisir les tribunaux civils des affaires commerciales, pourquoi ne pourraient-elles pas, à l'aide du même moyen, saisir les tribunaux de commerce des affaires civiles?

La raison, déjà nous l'avons dite : sans aucun doute, les justiciables pourraient, même dans les affaires civiles, choisir comme arbitres les juges consulaires; leur mandat serait valablement donné, non plus au magistrat, non plus au corps tout entier, mais à la personne, dont la qualité serait indifférente. Mais ces justiciables feraient une chose illégale si leur mandat s'adressait au tribunal de commerce en corps, parce que ce tribunal, d'après la loi organique de son institution, étant exceptionnel, ne peut voir ses attributions étendues, sa juridiction prorogée. — Si nous admettons le contraire en faveur des juges civils, c'est, encore une fois, qu'eux ils sont des magistrats de la justice ordinaire, ayant pleine et entière juridiction.

4° Il nous reste à dire quelques mots d'un argument, *a contrario*, que Carré tire de l'article 640 du Code de comm. — Parce que cette disposition appelle les juges des tribunaux civils à exercer les fontions de juges de commerce dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunaux de commerce, cet auteur pense qu'elle leur defend implicitement de remplir les mêmes fonctions là où des tribunaux de commerce sont institués.

Ceci ne fait pas l'objet d'un seul doute ; non-

---

[1] Ces lignes étaient écrites lorsque l'ouvrage d'Alauzet, qui vient de paraître, est tombé dans nos mains. Dans ce livre, qui mérite l'attention des jurisconsultes, je lis le passage suivant :

« Le Code civil, en France, forme le droit commun; il ne l'a pas créé, mais il a été écrit pour le constater : ce sont toujours ses dispositions qui doivent être appliquées lorsqu'il n'existe pas, dans une loi particulière, d'exception expresse, qui y déroge. Le Code de commerce, particulièrement, ne doit pas être considéré comme établissant un droit spécial distinct, par les principes qui le régissent, du droit civil. Si la force des choses a voulu que, dans les contrats commerciaux, on s'écartât quelquefois de ce qui se pratique dans les contrats civils, la différence n'est que dans la forme; mais cette forme même sera réglée par la loi des lois, par le Code civil, toutes les fois que le contraire n'est pas écrit explicitement. *Le Code de commerce peut être considéré comme un appendice au Code civil*, disait la cour d'Orléans, dans ses observations sur le projet qui lui était soumis; certaines matières n'avaient pu trouver place dans le Code civil, elles ont été réglementées par la loi nouvelle, mais toujours sous l'empire des principes généraux que le Code civil a rendus obligatoires : lorsque la loi commerciale s'y réfère, elle n'a pas besoin de le dire, cela est de droit; quand elle est muette, c'est le Code civil qui parlera pour elle; incomplète, c'est le Code civil qui achève sa pensée; obscure, c'est le Code civil encore qui servira à l'expliquer. » (N° 182, tome 1er, pages 342 et 345.)

Voilà une doctrine sage et que l'on peut suivre sans danger.

Je le dis à regret, car les travaux consciencieux de Delamarre et Lepoitevin ont vivement frappé mon esprit, l'erreur qu'ils préconisent est si considérable, elle affecte à un tel point les principes accessoires de leur sujet, qu'elle a pour résultat nécessaire de fausser leur point de vue synthétique. Là où les prémisses sont fausses, les conséquences doivent être fausses aussi

seulement l'art. 640, appliquant la maxime : *Qui dicit de uno negat de altero*, interdit implicitement aux tribunaux civils de se livrer à une pareille immixtion, mais la loi de 1790, leur en fait expresses défenses : quand les parties protestent, et réclament leurs juges naturels, il est hors de toute contestation que droit doit être fait à leur demande ; quand les parties, au contraire, se taisent ou consentent, l'art. 640 a-t-il plus de vertu que la loi organique ? — Nous ne croyons pas qu'on ait la pensée de le soutenir, et cette objection rentre dans la question générale que nous venons d'examiner.

8. 5° Nous avons parlé de la doctrine des auteurs et des monuments de la jurisprudence : pour compléter cette discussion, dont l'importance du sujet justifie l'étendue, c'est ici le moment de les faire connaître [1].

9. — Toutes les décisions des cours ont suivi ce dernier système. Voir en note l'indication de ces arrêts [2].

10. Citons le texte de quelques arrêts, qui ont dans leur ensemble, et par la variété de leurs motifs, résumé les divers éléments de la discussion.

1° ARRÊT DE LA COUR DE BRUXELLES, DU 28 NOVEMBRE 1808.

« Attendu que les juges ordinaires sont investis, même sous la loi de 1790, de la plénitude de la juridiction civile, d'où résulte que les parties ont pu, sans s'adresser aux juges d'attribution, s'il en existait, s'adresser aux juges ordinaires pour faire vider leurs différends ;

» Attendu en fait que les appelants, en ne déclinant pas la juridiction du tribunal civil de Valenciennes, n'alléguant pas même l'exception d'incompétence devant les juges d'appel, et s'adressant à eux-mêmes pour déposer leur bilan, ont prorogé la juridiction du juge ordinaire pour la matière commerciale, si réellement un autre juge de commerce avait pu juger entre les parties,

» La cour rejette l'exception d'incompétence. »

2° ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DU 10 JUILLET 1816.

« La cour, considérant que ce n'est pas à raison de la matière que les tribunaux ordinaires sont incompétents pour connaître des affaires de commerce :

» Que si ces sortes d'affaires ont été distraites de leur juridiction, c'est uniquement dans l'intérêt des commerçants, dans la vue de faire juger plus promptement et à moins de frais les contestations qui les concernent ;

» Qu'il suit de là qu'en matière de commerce, l'incompétence des tribunaux ordinaires n'est pas absolue, mais seulement relative, et par conséquent qu'elle peut être couverte, et qu'elle l'est effectivement lorsque, comme dans l'espèce, les parties, qui pouvaient s'en prévaloir, ont renoncé à cette exception et n'ont pas présenté le déclinatoire,

» La cour casse...... »

3° ARRÊT DE LA COUR DE BORDEAUX, DU 1er FÉVRIER 1831.

« Attendu que les tribunaux civils sont juges de toutes les matières civiles ; que le droit commercial n'est qu'une branche du droit civil ;

» Que si les lois ont établi des tribunaux de commerce pour la prompte expédition des affaires commerciales et la commodité des négociants, il en résulte seulement pour ceux-ci la faculté, mais non la nécessité d'en réclamer la juridiction ;

» Que, relativement aux affaires de commerce, l'incompétence des tribunaux civils n'est pas absolue, mais relative ; que dès lors elle doit être proposée avant toute défense au fond,

» Met au néant l'appel, etc...... »

4° ARRÊT DE LA COUR DE BOURGES, DU 11 JUIN 1831.

« Considérant que la demande en renvoi devant le juge qui doit connaître d'une affaire

---

[1] Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, tome 1er, pages 370 et suiv., et Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, tome 1er, page 322, partagent l'opinion de Carré.

Merlin, v° *Trib. de comm.*, tome XIV, n° 5, page 186, et *Tribunal ordinaire*, n° 3, page 238. — E. Vincens, tome 1er, chap. IV, n° 1, pages 111 et 122 ; — Pardessus, n° 1347 ; — A. Dalloz, v° *Compét. comm.*, tome V, page 311 ; — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Trib. de première instance*, n° 33, et *Prorogation de juridiction*, nos 4 et 5 ; — Orillard, chap. XVII, nos 126 et suiv. ; — Desprèaux, n° 536 ; — E. Cadrès, tit. VIII, page 132 ; — Teulet, *Codes français annotés*, notes 4 et 6 sur l'art. 442 du Code de proc., tome II, page 220, sont d'un avis opposé.

[2] Brux., 28 nov. 1808 (S.-V., 9, 2, 24) ; — Dalloz, v° *Compét.*, tome V, page 431 ; — Caen, 25 fév. 1825 (S.-V., 26, 2, 70) ; — cass., 9 avril 1827 (S.-V., 27, 1, 165) ; — Caen, 23 juill. 1827 (S.-V., 30, 2, 231) ; — Colmar, 6 août 1827 (S.-V., 28, 2, 75) ; — Bordeaux, 1er fév. 1831 (S.-V., 31, 2, 139) ; — Bourges, 11 juin 1831 (S.-V., 32, 2, 36) ; — cass., 9 janv. 1838 (S.-V., 38, 1, 746) ; — cass., 18 mars 1839 (S.-V., 39, 1, 508). *Voy.* Orillard, n° 429.

L'incompétence des tribunaux civils pour juger des matières commerciales est absolue, de sorte que le déclinatoire ne doit pas être proposé *in limine litis*. (Brux., 14 juin, 1843 ; 43, 466.) *Voy.*, dans le même sens, Boncenne, tome 1er, *Introd.*, chap. XIII, page 81, éd. de la Soc. typ. ; Henrion de Pansey, *Just. de paix*, chap. IV, pages 431 et 515, éd. de Br. ; *Rapp. de la comm. sur le projet du Code de comm.*, Locré, vol. II, page 26, n° 29 ; Carré, *Lois de la comp.*, tome IV, page 302 ; Paris, 16 août 1833 (S., 34, 136). — *Contra*, Pardessus, n° 1347, § 2, Caen, 25 fév. 1825 (S., 26, 2, 76 et 69 ; Brux., 31 déc. 1816 (*Pasicrisie belge*), et 8 juin 1822 (*J. de Br.*, 1822, 2, 214), La Haye, 20 déc. 1826 (*Jurisp. du XIXe s.*, 1828, 3, 206 et 208) ; Orléans, 11 mars 1840, argum. d'un arrêt de Gand du 8 juin 1841 (*J. de Br.*, 1841, 2, 376), qui décide que le tribunal doit se déclarer incompétent, si l'exception a été proposée *in limine litis*, Liége, 13 déc. 1843, *J. de Br.*, 1844, page 347.

doit, aux termes de la loi, précéder toutes exceptions, même celles fondées sur les nullités d'exploits ; qu'un pareil moyen de nullité d'exploit a été proposé par l'intimé et rejeté par le tribunal de Saint-Amand, avant la demande en renvoi pour cause d'incompétence ; que cette demande n'était donc pas recevable ;

» Qu'on oppose en vain que l'incompétence à raison de la matière peut être opposée en tout état de cause, et que telle était celle alléguée dans la cause, puisqu'elle était fondée sur ce qu'il s'agissait d'affaire commerciale, d'une vente de blé faite à un boulanger, demande qui ne pouvait pas être portée devant le tribunal civil, mais devait l'être au tribunal de commerce ;

» Considérant que la loi ne regarde comme absolue, à raison de la matière, que l'incompétence fondée sur ce qu'une affaire est portée à une juridiction étrangère à l'ordre dans lequel cette affaire est placée, telle que serait une question d'administration portée devant les tribunaux, une plainte au correctionnel soumise aux tribunaux civils ;

» Considérant que les affaires commerciales ne cessent pas d'être des affaires civiles ; que les tribunaux civils ne sont donc dans l'impuissance d'en connaître que lorsque ceux qui ont le droit d'être jugés par les tribunaux de commerce demandent leur renvoi, ce qu'ils doivent faire dès le début de la cause, faute de quoi ils sont non recevables,

» Dit qu'il a été mal jugé, etc...... »

11. *Nota.* On remarquera que, suivant ces monuments de jurisprudence, l'incompétence des tribunaux civils n'étant pas absolue, le déclinatoire doit, à peine de non-recevabilité, être soulevé au début de la procédure, *in limine litis.*

DEUXIÈME SECTION.

De la compétence des tribunaux de commerce sur les divers incidents qui s'élèvent devant eux.

SOMMAIRE.

1. Les tribunaux de commerce, institués pour juger les faits commerciaux, ne peuvent, par un moyen indirect, par forme d'incident, étendre le cercle de leurs attributions.
2. Plan de la présente section, et sa division en trois paragraphes.

1. Les tribunaux de commerce ont été institués pour juger les faits commerciaux. — Si, dans le cours d'une contestation à eux soumise, il s'élève des incidents qui rentrent dans le domaine civil, si leur solution préalable doit déterminer celle du fond, ils doivent se dessaisir, et renvoyer aux juges ordinaires la décision de ces difficultés préliminaires. De même que l'on ne pourrait par voie d'action principale étendre la sphère de la juridiction consulaire, de même on ne peut arriver à ce résultat par un moyen indirect, par la voie d'un incident. Cela est d'autant plus naturel que, pour une juridiction d'attribution, il est plus sage de ne pas atteindre l'extrême limite de la compétence que de la dépasser.

Au surplus, l'art. 631 du Code de comm., en déclarant où commence et où finit la compétence des juges de commerce, contient une disposition générale, indéfinie, qui s'applique aussi bien aux incidents qu'aux actions principales.

2. Les incidents qu'il nous est donné de prévoir peuvent être divisés en trois catégories : elles seront l'objet d'autant de paragraphes. — Dans le 1er, nous traiterons des incidents civils ; — dans le 2e, des incidents criminels ; — dans le 3e, des incidents administratifs.

§ Ier.

Des incidents civils.

SOMMAIRE.

1. Permettre aux tribunaux de commerce de connaître de certains incidents, ce serait déplacer les pouvoirs et la compétence. — Inconvénients qui en résulteraient.

1. Si l'on avait permis aux tribunaux de commerce d'examiner certains incidents, on aurait interverti l'ordre naturel des juridictions, on aurait déplacé les pouvoirs, et dé-

pouillé les juges du droit commun au profit des juges extraordinaires; de plus, on serait tombé souvent dans de graves embarras.

En premier lieu, la procédure devant la juridiction commerciale imprime aux affaires une rapidité qui convient à merveille aux litiges commerciaux, mais qui parfois serait excessive et dangereuse dans les contestations civiles.

En deuxième lieu, la sanction de la contrainte par corps s'applique en général aux condamnations prononcées par les tribunaux de commerce : il faut que le débiteur établisse clairement que sa dette est purement civile, pour qu'il évite cette voie rigoureuse d'exécution. — C'est un des plus puissants motifs qui ont déterminé le législateur, lorsqu'il a refusé de considérer les incidents, dont nous aurons à parler comme accessoires des débats commerciaux.

En troisième lieu, les jugements des tribunaux de commerce sont, ainsi que nous le verrons, exécutoires de plein droit, nonobstant appel, à la charge de donner caution ; ne serait-ce pas priver les citoyens d'une précieuse garantie, celle du recours devant un tribunal supérieur, que de mélanger ainsi des matières du droit commun et des matières spéciales?

En quatrième lieu, quels que soient le zèle et l'intelligence des magistrats consulaires, ils ne peuvent être profondément versés dans la connaissance des règles si difficiles et si nombreuses du droit civil : le temps qu'ils ont consacré à leurs affaires personnelles, celui qu'ils donnent avec tant de conscience à la solution des innombrables procès portés devant eux, le défaut d'études préparatoires, ne leur ont pas permis de pénétrer tous les mystères de cette législation. N'aurait-on pas à craindre, s'ils étaient appelés à décider quelques unes de ces graves questions auxquelles ils ne sont point initiés, qu'ils ne fussent pas à la hauteur de leur mission?

Ces considérations, et d'autres encore peut-être, ont dû commander une restriction nécessaire au bon ordre de la justice.

2. Les incidents les plus nombreux sont ceux qu'engendrent les exceptions.

En procédure on distingue deux sortes d'exceptions : les exceptions péremptoires, et les exceptions dilatoires.

Les *exceptions péremptoires* sont relatives au fond de la demande et ont pour effet de l'éteindre quand elles sont accueillies. — Comme elles tendent à faire déclarer le demandeur non recevable et mal fondé, elles peuvent être proposées en tout état de cause, même en cause d'appel. — Cependant, si avant de présenter une exception péremptoire, le défendeur a développé des moyens qui le contredisent absolument, ou qui en sont l'abandon formel, il est lié par son précédent système de défense. Par exemple, celui qui aurait nié avoir reçu des fournitures, et par conséquent en avoir dû le prix, ne serait pas admissible plus tard à opposer la prescription. En effet, la prescription est une *présomption de payement*, et on ne peut présumer que celui-là qui a méconnu le principe de la dette l'a cependant volontairement acquittée.

Parmi les exceptions péremptoires, il faut placer la nullité de l'obligation à raison du dol, de violences, d'erreur, d'incapacité du contractant, ou encore à raison de la cause illicite. — Le défaut d'intérêt de la part du réclamant ; — la déchéance du droit, par suite d'omission des formalités ; — la libération, résultant de l'un des modes d'extinction des obligations admis par le Code civil, etc.

Nous allons tout à l'heure rechercher quels sont, parmi ces incidents, ceux qui sortent des attributions consulaires.

Les *exceptions dilatoires* sont au contraire celles qui touchent seulement à la forme, et qui ont pour but de retarder la solution définitive. Comme elles constituent en quelque sorte un élément de l'instruction, elles doivent être invoquées au début de la procédure et avant que les débats du fond ne soient engagés.

Parmi elles, il faut placer les moyens d'incompétence, de nullités d'exploits ; — de communication des pièces ; — de comparution des parties et d'interrogatoires sur faits et articles ; — de dénégation et de vérification d'écritures ; — de faux incident civil, etc.

3. La règle la plus sûre, la seule même qui serve à distinguer les incidents sur lesquels les tribunaux de commerce peuvent statuer, de ceux à raison desquels ils doivent prononcer le renvoi, c'est de rechercher avec soin le caractère même de ces incidents. — Si, par sa nature, la question à décider a pu être portée devant le juge de commerce, par voie d'action principale, il sera compétent lorsqu'elle surgit d'une manière indirecte et par voie d'exception. — Si au contraire, sa nature est telle que, directement, principalement, elle n'aurait pu faire l'objet d'un débat commercial, la manière incidente dont elle se produit ne fera point disparaître l'insuffisance des pouvoirs du juge.

Jousse avait accueilli ce principe et en faisait l'application en ces termes : « Lorsque dans une instance principale poursuivie par-devant les juges-consuls, il survient quelque demande proposée pour exception de la part du défendeur, qui ne soit pas de la compétence des juges-consuls, ces derniers n'en peuvent connaître, même incidemment, surtout dans le cas où cette demande incidente ne serait pas liquide, et par laquelle la compensation ne se ferait pas de plein droit. Il faudra alors juger la demande principale séparément, et renvoyer la demande incidente par-devant les juges qui doivent en connaître. — Mais si la demande proposée par exception était claire et liquide, et qu'elle

servit de défense contre la demande principale, à laquelle elle serait tellement connexe qu'elle éteignît et fit tomber la demande principale, alors rien n'empêcherait que les consuls n'en pussent connaître. » (*Addition au tit. XII de l'ordonnance de* 1673, § II, page 339.)

Bécane fait suivre ces paroles des réflexions suivantes : « La loi limitant la juridiction des tribunaux de commerce dans certaines bornes, on ne peut, au moyen d'une exception, soumettre à la décision de ces tribunaux des affaires dont ils ne doivent pas connaître. Le motif en est aussi simple que décisif. Les tribunaux de commerce sont composés de commerçants desquels on n'exige aucune étude particulière des principes du droit ; et voilà pourquoi la loi ne leur attribue juridiction que dans les matières commerciales qui font l'objet de leur profession. Or, il est évident que la forme dans laquelle une demande serait introduite ne doit avoir aucune influence pour rendre le juge compétent, n'en pouvant avoir aucune pour le rendre capable de la décider. » (Page 340, à la note.) — C'est en ce sens qu'il a été jugé qu'un tribunal de commerce ne peut juger une question incidente qui, de sa nature, est hors de sa compétence, encore bien que cet incident constitue le moyen de défense, et s'élève dans les affaires dont le fond est de sa compétence [1].

4. Les incidents se présentent sous tant de formes, ils touchent à de si nombreux intérêts, qu'il est impossible d'en faire une énumération complète, il suffit d'examiner en particulier les plus importants.

5. *De l'état des personnes.* — Les questions relatives à l'état civil ou politique des personnes sont les plus graves de la législation commune ; elles ont des rapports si intimes avec les éléments constitutifs de la société, qu'elles sont débattues et jugées par les cours en audience solennelle : elles exigent une connaissance profonde des principes généraux. — Elles ne sont pas du domaine de la juridiction commerciale [2].

Ainsi cette juridiction ne pourra décider, ni par action principale, ni par voie d'incident, si un individu a perdu, conservé ou recouvré, la qualité de Français ; — s'il est époux, enfant légitime, naturel ou adoptif ; — s'il est libre ou en puissance de mari ; — s'il est majeur ou mineur [3].

Cependant, il faut comprendre les principes dans un sens élevé : il ne faut pas les appliquer avec une inflexible rigueur, sous peine d'entraver la marche des affaires. — Si un individu pouvait, au moyen d'une simple allégation, arrêter le cours d'une instance, et paralyser les droits de son créancier, la fraude s'introduirait vite et facilement par cette porte ouverte aux abus. — Pour que l'exception proposée suspende le cours ordinaire du litige, elle doit être appuyée sinon sur des preuves certaines, du moins sur des documents respectables. Ainsi le souscripteur d'une lettre de change ne pourra échapper aux poursuites commencées, en se bornant à dire : « J'ai signé cet acte lorsque j'étais mineur, ou en puissance de mari. » Il devra, au soutien de son assertion, produire des pièces dignes de quelque confiance, par exemple un acte de naissance, un acte de mariage. — C'est alors sur la production de ces actes que des difficultés civiles peuvent s'élever, et que les tribunaux de commerce doivent surseoir jusqu'à ce que l'exception ait été vidée par qui de droit.

Cependant, si la production des titres était impossible, si notamment il n'avait point existé de registres de l'état civil, ou s'ils étaient anéantis ; s'il fallait ordonner, par d'autres voies, la preuve de l'état, le renvoi aux tribunaux ordinaires serait nécessairement prononcé.

Il en serait de même quand il faudrait décider, à l'égard d'un individu né en pays étranger, par quelle loi doit se régler l'époque de la majorité. — Cette dernière situation s'est présentée dans l'affaire à laquelle se rapporte l'arrêt que nous venons d'indiquer. Voici dans quels termes il fut statué :

« Attendu que, quoique l'action au fond ait pu être portée devant le tribunal de commerce, néanmoins l'incident qui s'est élevé devant ce tribunal, sur la question de savoir *si la majorité du défendeur devait être réglée d'après les lois de l'empire français, ou d'après les loi du pays où il est né*, ne pouvait être décidée par ce même tribunal, cette question étant d'ordre public, et ne pouvant être jugée par des tribunaux d'exception, mais seulement par les tribunaux ordinaires;

» Par ces motifs, la cour dit qu'il a été incompétemment jugé, etc. [4].

6. *De la qualité des personnes, indépendante de leur état civil.* — L'art. 9, tit. XII de l'ordonnance de 1673, disposait : « Connaîtront pareillement (les juges-consuls) de l'exécution de » nos lettres, lorsqu'elles *seront incidentes aux » affaires de leur compétence, pourvu qu'il ne » s'agisse pas de l'état ou qualité des personnes.* » L'art. 16, développant cette pensée générale, déclarait : « Les veuves et héritiers des marchands, » négociants et autres, contre lesquels on pour» rait se pourvoir devant les juges et consuls, y » seront assignés, ou en reprise, ou par nouvelle » action; et, en cas que la qualité, ou de com-

---

[1] Cass., 23 mai 1811 (S.-V., 11, 1, 281). — Boulay-Paty, sur Émérigon, tome II, page 369.

[2] Cass., 13 juin 1808 (S.-V., 9, 1, 80).

[3] Brux., 10 juill. 1807 (Dalloz, 5, 412 ; S.-V., 8, 2, 77). — Locré, tome VIII, page 179 ; — Pardessus, n° 1348 ; — Orillard, n° 86, — Jousse, tit. XII de l'ordonnance de 1673, page 338.

[4] Brux., 10 juill. 1807 (S.-V., 8, 2, 77). — Carré, *Lois de l'org. judic.*, tome VII, page 347. *Voy.* Orillard, n° 86.

» mune, ou d'héritier pur et simple, ou par bénéfice d'inventaire, soit contestée, ou qu'il s'agisse de douaire, ou de legs universel ou particulier, les parties seront renvoyées devant les juges ordinaires pour les régler; et, après le jugement de la qualité, douaire ou legs, elles seront renvoyées par-devant les juges et consuls. »

C'est par application de ces principes que l'art. 426 du Code de proc. civ. permet, ainsi que nous l'avons rappelé, d'attirer devant la juridiction consulaire les veuves ou héritiers des justiciables, qui continuent et représentent le défunt; mais s'ils dénient la qualité qu'on leur donne, s'ils soutiennent que le défunt est représenté par d'autres que par eux, comme alors la cause de l'exception au droit commun est l'objet d'un débat, il faut qu'il soit préliminairement vidé, et par les juges du droit commun. — Le législateur du Code l'a compris, aussi bien que le législateur de 1673, lorsque, empruntant le langage de celui-ci, il dit : « Sauf, si les qualités sont contestées, à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y être réglés, et ensuite être jugés sur le fond au tribunal de commerce. » — Si, au contraire, au lieu de contester la qualité d'héritier, la partie adverse se borne à demander la justification du fait de l'hérédité, et si cette justification est produite par la représentation des actes de naissance, les tribunaux de commerce ne sortent pas de leurs attributions quand ils se bornent à constater le fait de la qualité d'héritier [1].

Voici ce qu'on lit dans ce dernier arrêt :

« Attendu que les frères Pillon ont procédé, tant devant le tribunal de commerce que devant la cour d'appel, comme héritiers de leur mère;

» Qu'à leur égard, Bouteille n'a pas élevé la question d'état, ni décliné la juridiction commerciale, mais qu'il s'est borné à demander qu'ils justifiassent de leur qualité, ce qu'ils ont fait en produisant un acte de notoriété que l'arrêt attaqué a pu juger suffisant, sans violer aucune loi. »

7. Nous venons de voir les héritiers des justiciables assignés, ou en continuation d'une instance commencée par le défunt, ou par action nouvelle, en condamnation à fin d'exécution des engagements souscrits par le défunt; il faut maintenant examiner une autre hypothèse.

Supposons que le commerçant défunt ait été condamné avant son décès, les tribunaux de commerce seront-ils compétents pour ordonner, contre sa veuve ou ses héritiers, l'exécution du jugement précédemment rendu?

La cour de cassation, le 3 brumaire an 12 (S.-V., 4, 2, 28), a décidé la négative. Deux motifs, selon nous, justifiaient cette décision, sous l'empire de l'ancienne législation :

1° L'art. 426 du Code de proc. met les veuves et héritiers au lieu et place du commerçant qu'ils représentent; or, la juridiction commerciale, ayant parlé, ayant épuisé ses pouvoirs en ce qui concerne le défunt, doit également être dessaisie en ce qui concerne ses ayants cause.

2° Il s'agit d'une difficulté relative à l'exécution d'une sentence consulaire. Or, l'art. 442 du Code de proc. civ. ne permet pas aux tribunaux de commerce de connaître de l'exécution de leurs jugements.

Aujourd'hui le Code a coupé court à cette difficulté. Comme le mort saisit le vif, comme l'héritier accepte les charges de l'hérédité en même temps qu'il en recueille les bénéfices, comme il est inutile de multiplier les frais lorsqu'il s'agit de la simple homologation d'une condamnation antérieure, l'art. 877 dispose en termes formels : « Les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement, et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou domicile de l'héritier. » C'est donc à tort que Carré, *Lois de l'org. judic.*, quest. 544, présente cette question comme étant d'un intérêt actuel.

8. Si les incidents relatifs à la qualité des personnes sortent de la compétence commerciale lorsqu'ils prennent leur source dans un débat de nature civile, il en est autrement lorsque ces incidents roulent sur l'appréciation de faits en rapport direct avec le commerce.

Ainsi le défendeur qui, répudiant la qualité de commerçant, nie, par cela même, avoir fait sa profession habituelle d'exercer des actes de commerce, a soulevé un débat de droit commercial; c'est donc, pour les juges de commerce, rester dans la loi de leur compétence que d'examiner l'allégation et la dénégation de la qualité de commerçant [2].

9. *De quelques exceptions relatives au fond du procès. — Capacité des contractants.* — Lorsque le tribunal de commerce est appelé à prononcer sur le sort d'une obligation commerciale, des exceptions, ayant pour but de la frapper dans son essence, peuvent être invoquées. Comme ces exceptions s'attaquent à la nature même de l'acte, elles s'unissent à cette nature et deviennent commerciales comme elle. Ici l'on dit avec raison, suivant l'ancien adage : *Le juge du fond est le juge de l'exception.*

De ceci résulte qu'en général les exceptions

[1] Cass., 23 messidor an 3 (S.-V., 1, 2, 672);— Cass., 13 juin 1808 (S.-V., 9, 1, 60),— Nîmes, 9 mai 1809 (S.-V., 10, 2, 209), — cass., 1er juin 1842 (S.-V., 42, 1. 707). *Voy.* Orillard, n° 179.

[2] Locré, tome VIII, page 18]; — Pardessus, n° 1348; — Carré, tome VII, page 346.

péremptoires peuvent être examinées par les juges de commerce.

Par exemple, la question de savoir si une personne était capable de contracter, si les liens de la puissance maritale ou de la minorité l'ont empêchée de donner naissance à un engagement valable, cette question, incidente à la demande principale, est de la compétence commerciale. Hâtons-nous de le remarquer, il n'y a pas de confusion possible entre la *capacité* et l'*état* de la personne. La constatation de *l'état de la personne* appartient exclusivement aux tribunaux civils; mais lorsque l'état n'est pas contesté, lorsque les deux parties s'accordent pour reconnaître le fait du mariage, de la minorité; lorsqu'il ne s'agit plus que de rechercher si ce fait a porté obstacle à la validité de l'obligation, le débat, quoiqu'il se complique de principes du droit civil, reste cependant un moyen du fond que le juge du fond peut décider sans excès de pouvoir. — La cour de Nîmes, par son arrêt du 12 mars 1828, avait méconnu ce principe et jugé que le seul fait *qu'une femme est mariée sous le régime dotal* avait nécessairement entraîné l'incompétence du tribunal de commerce, saisi à raison d'une lettre de change souscrite par cette femme. Le 25 novembre 1828, elle a rectifié cette erreur, et par un nouvel arrêt elle a consacré le système contraire.

Voici le texte de ces deux arrêts:

ARRÊT DU 12 MARS.

« Attendu que le premier juge avait à statuer sur la question de savoir si l'appelante avait pu s'engager valablement, et pour cela à décider, d'après les clauses de son contrat de mariage, si la clause de dotalité frappait tous les biens ou seulement une partie;

» Qu'une pareille question sortait de l'attribution toute spéciale du tribunal de commerce, et qu'il n'a pu la décider sans violer les règles de la compétence,

» Réforme, etc. [1]. »

ARRÊT DU 25 NOVEMBRE.

Motifs du jugement du 22 novembre 1827, adoptés par la cour.

« Attendu que, d'après la nature du titre du demandeur, la compétence du tribunal ne saurait être douteuse, puisque, s'il est vrai que, d'après l'art. 113 du Code de comm., la signature des femmes non négociantes ne vaut que simple promesse, cette exception à la règle générale ne porte aucune atteinte aux principes sur la juridiction, et que surtout lorsque les lettres de change, même réputées simples promesses, contiennent à la fois des signatures de négociants et d'autres individus non négociants, les tribunaux de commerce doivent en connaître, à la charge de ne point prononcer la contrainte par corps contre ces derniers;

» Attendu que, d'après une règle de droit incontestable, le juge de l'action est nécessairement le juge de l'exception; qu'ainsi le moyen d'incompétence est sans fondement;

» Adoptant les motifs des premiers juges,

» Et attendu, d'ailleurs, que la femme constituée en dot n'est pas dans une incapacité absolue de s'obliger; qu'ainsi des condamnations peuvent être prononcées contre elle, sans préjudice de tous les droits résultant de la dotalité, lors de l'exécution du jugement de condamnation,

» Confirme [2]. »

La cour de Riom a suivi l'exemple de la cour de Nîmes. Comme elle, le 22 novembre 1808, elle avait d'abord admis l'incompétence des tribunaux de commerce (Dalloz, v° *Compétence comm.*, n° 263). — Par un arrêt du 27 décembre 1830, elle est revenue à ce que nous croyons être la saine doctrine. (*Voy.* Orillard, n° 87.)

ARRÊT DU 27 DÉCEMBRE 1830.

« En ce qui touche le moyen d'incompétence proposé par les parties d'Allemand, et tiré de ce que leur mère était sous la puissance maritale lorsqu'elle souscrivit la lettre de change dont il s'agit, et de ce que le jugement dont est appel n'a pu prononcer sur la qualité et capacité de la personne qui s'est ainsi obligée;

» Attendu qu'un défendeur ne peut pas décliner la juridiction d'un tribunal de commerce, en alléguant qu'il était incapable de s'obliger et de contracter au moment où il a souscrit un effet de commerce;

» Attendu que le souscripteur d'une lettre de change devient justiciable des tribunaux de commerce, sauf à ces tribunaux à examiner s'il est ou non valablement obligé, et qu'il doit en être d'une femme mariée, qui propose l'incapacité où elle a été de s'obliger, comme d'un mineur, qui demanderait la nullité de ses engagements pour cause de minorité; et que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'incapacité de s'obliger ne serait pas une raison de renvoyer les parties devant les tribunaux civils, en déclarant qu'il y a incompétence,

« La cour dit qu'il n'y a lieu de s'arrêter au moyen d'incompétence proposé. »

10. *Nullité intrinsèque de l'acte.* — *Cause*

[1] S.-V., 29, 2, 45.

[2] S.-V., 30, 2, 46.

illicite de l'acte. — *Dol, violence, erreur.* — Non-seulement les tribunaux de commerce peuvent prononcer la nullité des actes pour cause de minorité, d'interdiction, de prodigalité, de défaut d'autorisation maritale, mais encore ils peuvent descendre dans les secrets les plus intimes de l'obligation, rechercher si son origine repose sur une cause sérieuse, licite, si elle est l'expression sincère de la volonté des parties, ou bien au contraire si elle n'a pas été arrachée par violence, surprise par des manœuvres frauduleuses, souscrite par une erreur flagrante.

L'ordonnance de 1673 proclamait ce droit, lorsque, dans son art. 9, que nous avons déjà transcrit, elle attribuait aux juges-consuls la connaissance de l'exécution des lettres de rescision, incidentes à des matières commerciales. — Jousse, commentant cette disposition, citait un exemple auquel elle serait applicable. « Comme si, dit-il, page 317, un marchand a fait un marché avec un voiturier pour une entreprise dans lequel ce voiturier a été surpris et lésé, et que celui-ci veuille se pourvoir de lettres de rescision contre ce marché, pour le faire déclarer nul : les lettres de rescision qu'il obtiendra à cet effet doivent être adressées aux juges-consuls, qui sont en droit de connaître incidemment de ces lettres. »

Quoique notre loi spéciale ne contienne pas une disposition semblable, comme elle est écrite dans le droit commun, comme elle constitue l'essence du contrat, comme, enfin, les juges de commerce recourent au Code civil toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter et de régler les conventions, il est certain qu'elle ne peut être aujourd'hui méconnue.

Cette doctrine a été appliquée par la cour de cassation une première fois, le 23 mars 1824 (Dalloz, tome XXI, page 117, n°2), et une deuxième fois, le 11 février 1834 (S.-V., 35, 1, 476). Dans l'espèce du dernier arrêt, le tribunal de commerce de Lyon avait prononcé la nullité d'obligations notariées, par le motif qu'elles étaient entachées de fraude : en conséquence de cette annulation, elle avait ordonné la radiation d'inscriptions hypothécaires prises en vertu de ces actes querellés. — La cour royale de Lyon avait confirmé, et, sur le pourvoi, la cour de cassation statua ainsi :

ARRÊT DU 11 FÉVRIER 1834.

« Sur le premier moyen, tiré de l'incompétence de la juridiction commerciale *ratione materiæ*,

» Considérant qu'il a été reconnu en fait, par l'arrêt attaqué, que les conventions consignées dans les actes des 5 janvier et 14 août 1828; avaient pour objet une opération de banque ;

» Sur le troisième moyen, tiré de la violation prétendue de l'art. 2159 du Code civil,

» Considérant, que la radiation des inscriptions prises sur les mariés Borel n'a été demandée et prononcée que comme suite et conséquence nécessaire de l'annulation des actes attaqués; qu'ainsi le tribunal de commerce et la cour royale pouvaient prononcer cette radiation,

» Rejette, etc. »

11. *Suppositions dans les effets de commerce.* — C'est par application de principes analogues que l'on reconnaît les tribunaux de commerce compétents pour statuer sur les suppositions qui peuvent exister dans les effets de commerce. — Dans notre *Traité* sur cette matière, nous en avons déduit les motifs, que nous reproduisons ici :

« La connaissance des difficultés relatives aux suppositions contenues dans les lettres de change nous paraît appartenir, dans l'origine, aux tribunaux de commerce. — Un tribunal est valablement saisi par la qualité des parties, par la nature du litige, ou par celle de l'acte objet de la difficulté. — Ici, quelle en est la cause? un acte revêtu des formes extérieures, ayant toute l'apparence d'une lettre de change. A quelles fins tend la demande ou l'exception? à la nullité de l'acte, en tant que lettre de change. — Or, aux termes des art. 631 et 632 du Code de comm., c'est aux juges consulaires que de semblables questions sont attributives de juridiction.

» Mais une fois la supposition judiciairement proclamée et la lettre devenue une simple promesse, le tribunal civil sera-t-il appelé à l'examen du fond du procès? — Les circonstances particulières influeront alors sur la détermination. Si, malgré l'effet de la simulation, la lettre est restée un contrat commercial, si la discussion s'agite entre négociants, la juridiction consulaire terminera l'affaire, non plus à titre d'une difficulté relative à une lettre de change, mais comme s'agissant d'une remise d'argent, d'une difficulté entre individus, ses justiciables, ou pour tout autre motif conforme au prescrit des art. 631, 632, 633 et 634.

» Lorsqu'il ne s'agit ni de contestations entre négociants, ni d'opérations de commerce, le tribunal de commerce est-il tenu de renvoyer d'office au tribunal civil, sans que le défendeur ait requis le renvoi?

» A ne consulter que les principes généraux de la loi, nul doute que la juridiction consulaire ne fût obligée de se déclarer d'office incompétemment saisie. L'art. 424 du Code de proc. civ. dispose, en effet, que « si le tribunal est » incompétent *à raison de la matière, il renverra » les parties, encore que le déclinatoire n'ait pas » été proposé.* » Or, ici, l'incompétence *ratione materiæ* existe.

» Mais la loi spéciale a dérogé à cette règle. L'art. 636 du Code de comm. a prévu le cas qui nous occupe, et il ne prescrit impérieusement aux

juges de prononcer le renvoi, que *quand il a été requis par le défendeur* [1].

C'est en ce sens qu'il a été jugé que les tribunaux de commerce, après avoir constaté la supposition, devaient, en cas de réquisition des parties, renvoyer la décision définitive aux tribunaux de première instance [2].

Conformément à la distinction qui nous paraît résulter de l'art. 636, il a été décidé que le renvoi pouvait ne pas être prononcé d'office, quand le tribunal n'était pas requis par le défendeur [3].

Cependant l'opinion contraire a été admise par deux arrêts [4].

12. *Nullité extrinsèque des actes.* — Les actes sont les instruments qui reflètent les conventions des parties; ils doivent, pour être réguliers, être rédigés avec certaines formes indiquées par la loi. Ainsi l'art. 110 du Code de comm. indique les caractères essentiels à la validité des lettres de change, et les art. 173 à 176 tracent les règles substantielles des protêts; ainsi l'art. 1325 du Code civ. exige que les actes sous seing privé contenant des obligations synallagmatiques soient, à peine de nullité, rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties, et l'article 1326 prescrit la nécessité du *bon* ou *approuvé* aux contrats, à celles des parties qui n'ont pas écrit en entier de leur main la convention par elles signée. — Ainsi encore, les lois spéciales du notariat énoncent les formes solennelles qui doivent environner les actes authentiques.

Nous venons de démontrer plus haut, nos 9 et suiv., que les tribunaux de commerce peuvent, dans les matières de leur compétence, soulever l'enveloppe extérieure qui couvre les actes, leur demander la cause réelle de leur existence, interroger la capacité des contractants, et prononcer l'annulation des obligations imprégnées d'un vice intérieur. Maintenant ces tribunaux ont-ils le pouvoir de s'attaquer à la forme elle-même, et, lorsqu'elle n'a pas été respectée, de faire de cet oubli un motif de nullité?

L'affirmative nous paraît à l'abri d'une grave contestation. — Cependant un arrêt de la cour de Trèves, du 27 juillet 1810 (S.-V., 7, 2, 1232), a décidé que les tribunaux de commerce ne sont pas compétents pour connaître de la nullité d'un acte notarié contenant une obligation commerciale et attaqué pour vice de forme.

Cet arrêt n'est pas motivé, et l'on en est réduit à supposer les raisons sur lesquelles il s'appuie. Sans doute il a considéré que, pour prononcer la nullité, les juges de commerce sont obligés de pénétrer dans l'examen des lois spéciales; que dès lors, à ce moment, la contestation change de caractère, et que, de commerciale qu'elle était au fond, elle devient purement civile sur l'exception; qu'il y aurait danger peut-être à confier à ces magistrats des questions étrangères à leurs études ordinaires et à l'ordre naturel de leurs attributions.

Dans ces motifs il y a quelque chose de sérieux; mais d'autres motifs, plus sérieux encore, doivent les faire repousser.

Lorsqu'un litige peut être terminé d'un seul coup, pourquoi recourir à deux tribunaux différents? Multiplier les procédures, n'est-ce pas nuire aux justiciables écrasés de frais? D'ailleurs, ici le juge du fond doit être le juge de l'exception, car l'un se lie à l'autre de la manière la plus intime. La question du fond, c'est de savoir s'il y a *une obligation commerciale*; la question de forme, c'est de savoir s'il y a *une obligation quelconque*. En admettant qu'il ait existé une opération de commerce, il s'agit de juger si ce fait de commerce, tenu pour constant, a engendré une obligation de commerce valable en la forme. C'est donc un débat relatif à une affaire de commerce que l'exception elle-même soulève, et par conséquent les tribunaux de commerce ont le droit de l'apprécier.

S'il en était autrement, ces débiteurs de mauvaise foi, qui puisent dans l'arsenal de la chicane leurs meilleurs arguments, auraient, de guerre lasse, raison de leurs adversaires. Dès qu'un acte serait produit, ils articuleraient un vice de forme, obtiendraient ainsi un délai considérable et pourraient se mettre à l'abri de l'exécution de condamnations trop longtemps attendues.

L'art. 427 du Code de proc. civ., sur lequel nous aurons l'occasion de revenir, fournit *a contrario* un argument qui ne manque pas de justesse : il déclare que si une pièce produite est *méconnue*, *déniée* ou *arguée de faux*, et si la partie persiste à s'en servir, le tribunal de commerce doit renvoyer au tribunal civil et surseoir au fond jusqu'à la solution de l'incident. Il nous semble que si le législateur avait entendu qu'il y aurait lieu à renvoi et à sursis dans le cas où la pièce est attaquée par un moyen autre que la dénégation ou l'inscription de faux, il aurait eu le soin de s'en expliquer. *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Au surplus, la pratique et la jurisprudence tiennent cette doctrine pour constante. Par exemple, en matière de lettres de change ou de protêts, il serait trop long de faire l'énumération de jugements par lesquels les tribunaux de commerce ont maintenu ou annulé ces actes,

---

[1] Voir notre *Traité de la lettre de change*, chap. IV, 4e sect.

[2] Cass., 26 déc. 1808 (S.-V., 9, 1, 181); — Brux., 28 juin 1810 (S.-V., 10, 2, 384); — Brux., 7 oct. 1811 (S.-V., 12, 2, 135). *Voy.* Grillard, no 431.

[3] Trèves, 4 juill. 1812; — Merlin, partage cette opinion, *Rép.*, vo *Lettre de change*, § 2, nos 2 *bis*, et 3.

[4] Turin, 13 mars 1811 (S.-V., 12, 2, 74); — Colmar, 15 juin 1813 (S.-V., 16, 2, 110).

attaqués pour vice de forme, sans que leurs décisions aient été réformées pour cause d'excès de pouvoir. Et, qu'on le remarque, les lettres de change, comme tous les autres actes, le protêt aussi, peuvent être passés devant notaire: il existe même un arrêt de la cour de cassation du 16 mai 1816 (Dalloz, tome V, page 420), qui a décidé que l'exception de nullité d'un protêt levé par un notaire était de la compétence commerciale [1].

13. *Extinction des obligations.* — L'art. 1234 du Code civ. admet plusieurs modes d'extinction des obligations. Ce sont : le payement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou rescision, et la prescription.

De même que, dans les affaires commerciales, les tribunaux de commerce peuvent appliquer les conventions des parties, de même ils ont le pouvoir d'examiner si ces conventions n'ont pas été accomplies et ne sont pas éteintes.

Nous n'avons à ce sujet que trois observations à faire :

1° Dans le développement de ces moyens, des incidents de nature civile se rencontrent quelquefois. — Par exemple, la compensation doit être admise par les tribunaux de commerce, comme exception de leur compétence à une demande commerciale; mais si la créance opposée en compensation n'est pas liquide et exigible, si elle dérive d'une obligation civile, si cette créance est contestée, ils ne peuvent la liquider, ils doivent en renvoyer l'examen à la juridiction ordinaire dont elle ressort.

2° Il appartient aux tribunaux de rechercher dans les circonstances du fait si l'exception alléguée est encore recevable, ou bien au contraire si celui qui la fait valoir n'y a pas renoncé expressément ou tacitement : expressément, par une déclaration formelle, dans une transaction, dans un jugement antérieur ; — tacitement, par un système de défense incompatible, et qui en fait nécessairement supposer l'abandon. Dans le n° 2 de la présente section, nous avons fait l'application de cette règle à la prescription.

3° Les magistrats, dans leur prudence, doivent veiller à ce que ces incidents ne soient pas des moyens détournés pour retarder une condamnation légitime. — S'il ne faut pas qu'un débiteur soit exposé à payer deux fois, il est juste aussi de sauvegarder les intérêts d'un créancier sérieux ; il ne faut pas accorder une prime à la chicane, à la mauvaise foi.

14. Il est, en droit commercial, un mode particulier de l'extinction des obligations, c'est la déchéance encourue pour défaut de formalités.

Tous les signataires des effets de commerce sont garants solidaires, envers le porteur, de l'acceptation et du payement. — Cependant ils ne sont pas tous obligés au même titre et de la même manière — Le tireur d'une lettre de change en a reçu la valeur du bénéficiaire : il n'est libéré que lorsque le tiré, son mandataire, a acquitté entre les mains de ce bénéficiaire, ou de ses ayants droit, le montant de la délégation faite sur lui. Si, à l'échéance, bonneur n'est pas fait à la disposition du tireur, ce dernier a reçu d'une part, de l'autre il n'a pas remboursé, il doit donc en équité continuer à être debiteur. — Le plus souvent, le bénéficiaire négocie son titre et devient endosseur. Comme il a déboursé originairement la valeur, la négociation qu'il fait n'a d'autre résultat que de le couvrir. A ce moment, il ne perd ni ne gagne : sa garantie envers le porteur doit donc en être moins rigoureuse que celle du tireur.

La loi fait cette équitable distinction.

Comme le porteur d'une lettre de change jouit de priviléges considérables, il est soumis à de salutaires formalités. Il est obligé de faire protester à l'échéance, et de poursuivre, dans certains délais, l'exercice de ses droits. — S'il néglige ses devoirs, si, par son oubli, il cause un dommage à ses débiteurs, il doit le réparer, et la réparation, c'est la perte, la déchéance de ses droits.

Cette déchéance est acquise à l'endosseur, par le seul fait de l'omission des formalités et de l'expiration des délais; elle profite aussi au tireur, lorsqu'il justifie qu'à l'échéance il avait fourni provision pour l'acquit de sa dette (Articles 168 et 170 du Code de comm.)

Les tribunaux de commerce, étant compétents sur tout ce qui concerne les lettres et les effets négociables en général, sont nécessairement bien saisis de toutes les exceptions opposées au porteur négligent.

14. *De quelques incidents particuliers.* — *Autorisation à la femme mariée d'ester en justice.* — La puissance maritale doit être, suivant l'expression de Toullier, tome II, page 27, une puissance de protection et non d'oppression ; si le mari refuse à la femme l'autorisation dont elle a besoin pour des actions judiciaires qu'elle a intérêt à introduire, elle peut recourir à l'autorité de la justice. — Les art. 861 et suivants du Code de proc., lui traçant les formes qu'elle doit suivre, et la nature même de ces formes, suffisent pour démontrer que sa réclamation doit être portée devant les tribunaux de première instance, alors même que la demande qu'elle veut engager serait relative à des opérations commerciales.

Mais si la femme, au lieu d'être demanderesse, est obligée de se défendre contre une poursuite commerciale, si elle est assignée devant les juges de commerce, ces juges, statuant incidemment à une action de leur compétence, ont-ils le pouvoir de lui accorder l'autorisation d'ester en jugement ?

[1] Pardessus, n° 1350.

L'art. 215 du Code civ. dispose en termes généraux que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. — A côté de cette règle, l'art. 218 consacre celle qui doit en tempérer la rigueur. Si le mari refuse d'autoriser sa femme, le juge peut donner l'autorisation.

Ces mots, *le juge*, de l'art. 218, peuvent-ils s'appliquer aux juges de commerce? — On ne voit pas les raisons qui devraient faire décider la négative. Ici l'accessoire doit suivre le principal; sans cela, on pourrait arriver à un deni de justice, car le demandeur peut se trouver dans telle position qu'il lui soit impossible, ou du moins difficile, de s'adresser au tribunal du domicile marital pour obtenir l'autorisation nécessaire.

Seulement, comme la justice ne peut intervenir que sur l'impossibilité ou le mauvais vouloir du mari, il faut que ces circonstances soient justifiées par l'appel en cause du mari pour la validité.

Le tribunal de Laigle avait, le 10 juin 1806, méconnu ces principes; un pourvoi ayant été formé, la cour de cassation a, par arrêt du 17 août 1813, réformé en ces termes cette décision :

« Vu l'art. 218 du Code civ.;

» Attendu 1° que si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, l'art. 218 donne *au juge* le droit d'accorder cette autorisation; que le juge dont cet article parle est évidemment le juge saisi de la contestation;

» Qu'on ne doit point confondre ce cas avec ceux de l'art. 219, relatif aux femmes qui veulent intenter des actions ou passer des actes; qu'en ces derniers cas, l'autorisation formant l'objet d'une demande principale, c'est au tribunal de 1re instance qu'il appartient naturellement d'en connaître; qu'au contraire, lorsque la femme est défenderesse, l'autorisation n'étant qu'une simple formalité, le juge saisi de la contestation peut et doit l'accorder, sans quoi les procédures seraient inutilement multipliées et prolongées contre le but de la loi, qui est de les simplifier et d'accélérer leur expédition,

» La cour casse, etc. [1]. »

Le tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 13 octobre 1843, vient de faire une application exacte de la juste distinction que nous avons posée. Comme sa décision est nettement formulée, nous la transcrivons ici :

« Attendu que la dame Limond demande 1° à être autorisée à ester en justice; 2° la nullité d'une société faute de publication légale;

» En ce qui touche le premier chef de demande,

» Attendu qu'aux termes de l'art. 215 du Code civ., la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. — Art. 861, Code de proc. : « La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, après avoir fait » une sommation à son mari, et sur le refus par » lui fait, présentera requête au président, qui » rendra ordonnance portant permission de citer » le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil, » pour déduire la cause de son refus.» — Art. 862 du même Code: « Le mari entendu, ou faute » de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui » statuera sur la demande de la femme; »

» Attendu que le tribunal de commerce est un tribunal d'exception qui ne pourrait autoriser la dame Limond qu'autant qu'elle serait défenderesse sur la cause;

» Par ces motifs... le tribunal déclare la dame Limond non recevable en sa demande, etc. [2]. »

Qu'arriverait-il si une fille majeure ou une veuve, après avoir valablement commencé une instance, soit en demandant, soit en défendant, devenait incapable d'ester seule en justice par suite d'un mariage? Faudrait-il une autorisation maritale ou judiciaire? — Cela dépendra de l'état de la cause. Si la cause est en état, comme l'on dit, son instruction étant complète, l'autorisation sera inutile : la cause, au contraire, n'étant pas contradictoirement engagée, évidemment l'autorisation sera nécessaire.

15. *Nullité de l'assignation.* — Nous venons de voir que, par la force même des choses, les tribunaux de commerce étaient appelés souvent à résoudre certaines difficultés du droit civil; quelquefois aussi ils ont à s'occuper de questions de procédure : toutes celles qui se présentent incidemment aux procès dont ils sont saisis restent matières de leur compétence.

Comme l'art. 414 du Code de proc. civ. déclare que la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoués, la forme habituelle devant les tribunaux de première instance, la signification de conclusions par simple acte du palais, devenait impossible. Aussi l'art. 415 ajoute que toute demande y doit être formée par exploit d'ajournement. S'agit-il d'introduire le procès, de solliciter enquête ou d'y assister, d'aller au greffe pour être présent à l'ouverture d'un rapport, de reprendre l'instance suspendue par un sursis, de recevoir une caution au greffe, etc.? il faut nécessaire-

[1] (S.-V., 13, 1, 444).

[2] Voir aussi Colmar, 31 juill. 1810 (S.-V., 11, 2, 206); — Brux., 9 août 1811 (S.-V., 12, 2, 264); — Merlin, v° *Senatus-consulte Velléien.* — Carré. — Chauveau, *Lois de la proc.*, n° 2910 *bis*. *Lois de la compét.*, n° 543. — *Dict. de proc.*, v° *Femme mariée*, n° 117; — Duranton, n° 466; — Orillard, n° 174; — E. Vincens, tome 1er, liv. III, chap. 1er, n° 4, page 229; — Pardessus, n°s 70 et 1348; — Desprésux, n°s 55 à 57; — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. 2, § 1, n° 15.

ment un ajournement; car personne, pas même les membres du barreau consulaire, n'a qualité pour représenter la partie et pour transmettre à la partie adverse communication des divers incidents qui peuvent s'élever.

De même que le tribunal ne pourrait statuer s'il n'avait pas été saisi par un ajournement, de même il ne peut, au fond, faire acte de juridiction si l'ajournement n'a pas été régulièrement fait et signifié. — Il importe donc, pour savoir s'il doit juger, qu'il examine la question de validité ou de nullité des exploits de procédure lancés devant lui.

16. *Des saisies-arrêts, des demandes en validité et des saisies-exécutions.* — « Tout créancier peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes et effets appartenant à son débiteur, ou s'opposer à leur remise. » (Art. 557, Code de proc. civ.)

S'il n'y a pas de titre, *le juge* du domicile du débiteur, et même celui du domicile du tiers saisi, pourront, sur requête, permettre la saisie-arrêt et opposition. (Art. 558.)

Ces mots, le juge, *peuvent-ils s'appliquer au* juge de commerce, *ou signifient-ils seulement le juge du tribunal de première instance? Lorsqu'il s'agira d'une créance commerciale et de commerçants, le président du tribunal de commerce aura-t-il la faculté d'autoriser la saisie des effets mobiliers, comme aurait pu le faire le président du tribunal civil?*

Sous l'ancienne législation, alors qu'aucune disposition ne donnait ce droit aux juges-consuls, on considérait cependant que le droit de conservation d'une créance pouvait participer à sa nature, et que l'opposition, étant un accessoire de l'obligation principale, pouvait être autorisée par ces magistrats. — Jousse, *Titre X de l'ordonnance de* 1673, pages 342 et 343, et Toubeau, *Instit. cons.*, livre Ier, titre II, page 75, appuyaient cette doctrine sur l'autorité de la jurisprudence.

De nos jours, l'art. 417 du Code de proc., développant la pensée de l'art. 558, a consacré ce système d'une manière expresse, absolue. « Dans les cas qui requièrent célérité, dit-il, le » président du tribunal de commerce peut permettre d'assigner même de jour à jour et » d'heure à heure, et de *saisir les effets mobiliers;* » il peut, suivant l'exigence des cas, assujettir » le demandeur à donner caution, ou à justifier » de solvabilité suffisante. Ses ordonnances sont » exécutoires nonobstant opposition ou appel. »

Remarquons ici que ces expressions, *saisir les effets mobiliers*, sont si générales, qu'elles comprennent les sommes dues au débiteur saisi, et qu'elles embrassent tout ce qui fait l'objet de l'art. 557.

Remarquons, en outre, que si les parties peuvent, pour créance commerciale, s'adresser au président du tribunal de commerce, elles peuvent également et indistinctement s'adresser au président du tribunal civil, qui a, sur ce point, des attributions universelles, comme le tribunal à la tête duquel il est placé.

Partant de ces principes, la jurisprudence décide que :

Le président du tribunal de commerce, et le président du tribunal civil, peuvent indistinctement, à défaut de titre, permettre la saisie-arrêt, dans les contestations qui sont de la compétence des tribunaux de commerce [1].

17. Ces derniers mots de l'art. 417, « ses ordonnances sont exécutoires nonobstant opposition ou *appel*, » ont donné naissance à la question de savoir si un appel pouvait être formé contre les ordonnances portant permission de saisir les effets mobiliers.—La cour de Bruxelles a décidé la négative, par son arrêt du 17 mars 1812. Voici ses motifs :

« En ce qui concerne l'appel de l'ordonnance du président du tribunal de commerce du 2 janvier 1812, portant permission de saisir les meubles et effets des deux appelants;

» Attendu que l'ordonnance ayant été délivrée sur le simple exposé de l'intimé, sans avoir entendu ni appelé sur icelui les appelants, ne peut être envisagée comme un jugement d'un tribunal inférieur, seul susceptible d'être porté à la connaissance d'une cour supérieure par la voie de l'appel;

« Par ces motifs, dit qu'il n'échoit appel, etc. [2]. »

18. Le législateur de 1673 avait dit, dans l'article 12 du titre V : « Les porteurs pourront aussi, par *la permission du juge*, saisir les effets de ceux qui auront tiré ou endossé les lettres, encore qu'elles aient été acceptées, même les effets de ceux sur lesquels elles ont été tirées, en cas qu'ils les aient acceptées. »

Le législateur de 1807, trouvant l'occasion de spécialiser le principe des art. 558 et 417 que nous venons de citer, a transporté cette règle dans le Code de commerce; nous y lisons, art. 172 : « Indépendamment des formalités » prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'une lettre de change pro- » testée faute de payement peut, en obtenant

[1] Turin, 30 mars 1813 (S.-V., 14, 2, 436, feuille 54);—Aix, 29 déc 1824; — Brux., 20 mai 1840; *J. de Br.*, 1841, page 149. (Dalloz, 5, 428.) — Voir, à ce sujet, Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 141;— E. Vincens, tome Ier, pages 168 et suiv.; — Carré, *Lois de la proc.*, sous l'art. 417, quest. 1495; — Pardessus, n° 1351; — Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Saisie-arret*, § 1er, n° 16, page 9, tome V; — Despréaux, n° 663; — Boitard, sur l'art. 417;—Thomine, n° 665. *Voy.* Orillard, n° 75.

[2] (S.-V., 14, 2, 369).
C'est le tribunal civil qui est seul compétent pour connaître de la validité de cette saisie. (Brux., 20 mai 1840; *J. de Br.*, 1841, page 149. Voy. *Revue des revues de droit*, an 1839, page 56.

» la permission des juges, saisir conservatoire-» ment les effets mobiliers des tireurs, accep-» teurs et endosseurs. »

19. Après avoir ainsi rappelé les pouvoirs du président, exposons ceux des tribunaux de commerce eux-mêmes, en ce qui concerne les saisies-arrêts.

D'abord, lorsqu'il s'agit d'une créance commerciale, dont ils jugent la légitimité, ils sont, comme le président, compétents pour autoriser le créancier qui n'a pas de titre, à former une saisie-arrêt [1].

Mais une fois la saisie formée, en vertu de l'autorisation du président, peuvent-ils être juges de la demande en validité ou en mainlevée, qui en est la suite nécessaire? — Peuvent-ils la convertir en saisie-exécution? N'est-ce pas aux tribunaux de première instance que ce droit appartient exclusivement?

Cette question mériterait, par la fréquence de son application, un sérieux examen, si elle n'était résolue par une jurisprudence constante aujourd'hui, et par la doctrine unanime des plus savants jurisconsultes. Vainement quelques arrêts ont tenté d'accorder aux tribunaux de commerce le pouvoir de statuer sur la demande en validité d'opposition ainsi formée, il suffit de jeter un coup d'œil sur les formalités spéciales prescrites par les art. 557 à 582, pour être convaincu que cette opinion était une erreur que la pratique devait proscrire.

Cette difficulté est tellement éclaircie, que, sans la discuter, nous devons nous borner à analyser les diverses autorités qui la résolvent [2].

20. Lorsque la saisie-arrêt, au lieu d'avoir été formée en vertu de l'autorisation du président, résulte d'un jugement du tribunal de commerce lui-même, il faut dire avec plus de raison encore que ce tribunal ne peut en connaître; car c'est de l'exécution de son jugement qu'il s'agit, et suivant l'art. 442, la connaissance de cette exécution ne lui appartient pas [3].

21. *De la vente des navires saisis.* — A qui des tribunaux ordinaires ou des tribunaux de commerce appartient-il de connaître de la vente des navires saisis?

L'art. 633, en réputant acte de commerce l'achat et la vente des navires, s'occupe seulement du cas où ces actes interviennent à la suite de conventions privées. Mais lorsque l'achat et la vente ont lieu par suite d'ordres de justice, le caractère commercial disparaît entièrement. — Quand même il continuerait à subsister, le tribunal de commerce, incompétent pour connaître de l'exécution de son jugement, ne pourrait statuer sur les incidents soulevés par une vente par lui ordonnée, et qui nécessite des formes particulières.

Merlin, en émettant cette opinion, l'appuie sur un avis du conseil d'État du 29 mars 1809, approuvé le 17 mai suivant :

« Le conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section de législation, sur celui du grand juge ministre de la justice, tendant à faire décider à qui, des tribunaux ordinaires ou des tribunaux de commerce, il appartient de connaître des ventes de navires saisis;

» Considérant qu'aux termes de l'art. 442 du Code de proc. civ., les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements; que la vente des navires saisis ne peut être faite sans le ministère d'avoués, puisque l'art. 204 du Code de comm. porte expressément que le nom de l'avoué poursuivant doit être designé dans les criées, publications et affiches; que le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce, par l'art. 414 du Code de proc. et par l'art. 627 du Code de comm.;

» Que, de ces diverses dispositions, il résulte que la vente des navires saisis ne peut avoir lieu devant les tribunaux de commerce;

» Qu'enfin il ne peut être établi aucune assimilation entre les tribunaux de commerce actuels et les amirautés; qu'il existait auprès des amirautés un officier du ministère public, que le ministère des procureurs, loin d'y être interdit, y était nécessaire, et qu'elles connaissaient de l'exécution de leurs jugements; que, si dans cet état, les amirautés ont dû connaître des ventes de navires saisis, la raison contraire en exclut les tribunaux de commerce,

» Est d'avis que la connaissance des ventes de navires saisis appartient aux tribunaux ordinaires [4]. »

22. *Vente des immeubles des faillis.* — Le Code de commerce, modifié par la loi française du 28 mai 1838 sur les faillites, porte au sujet des immeubles des débiteurs faillis les dispositions suivantes :

« Art. 571. A partir du jugement qui déclarera la faillite, les créanciers ne pourront poursuivre

---

[1] Turin, 17 janv. 1810 (S.-V., 10, 2, 273).

[2] Prux, 28 mai 1807 (S.-V., 7, 2, 292). — Rennes, 14 déc. 1810 (Dalloz, v° *Saisie-arrêt*, page 31, note 1); — Paris, 31 déc. 1811; — Turin, 30 mars 1813 (S.-V., 14, 2, 436, l. 54). — Cass., 12 oct. 1814 (S.-V., 15, 1, 129); — Nîmes, 4 janv. 1819; — Cass., 27 juin 1821 (S.-V., 22, 1, 8); — Rouen, 21 mai 1823; — Aix, 29 déc. 1824; — Riom, 5 déc. 1828. — Aix, 22 nov. 1832 (S.-V., 34, 2, 400). — Pardessus, n° 1351. — Carré, *Lois de la procéd.*, n° 1496, sous l'art. 417, et art. 1953, page 613. — Thomine, n° 624; — Merlin, v° *Consuls des marchands*, § 3, n° 14; — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. 2 § 1er, n° 18; — Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 493; — Despréaux, *Compét. des trib. de comm.*, n° 173 et 174; — A. Dalloz, tome VI, p. 372, Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Saisie-arrêt*, tome V, § 4, n° 74, page 26; — Boitard, sur l'art. 417; — Locré, tome VIII, pages 186 à 195. *Voy.* Orillard, n° 76.

En sens contraire : Paris, 16 germ. an 11 (S. V., 3, 2, 281); — Brux., 31 déc. 1807 (Dalloz, tome XV, page 273); — Rouen, 5 août 1819; — Rouen, 21 juin 1825 (S.-V., 27, 2, 227); — Aix, 8 janv. 1831 (S.-V., 33, 2, 43). — E. Vincens, tome 1er, pages 177 à 181. *Voy.* Orillard, n° 76.

[3] Nîmes, 4 janv. 1810 (S.-V., 19, 2, 320).

[4] Merlin, *Répert.*, v° *Trib. de comm.*, tome XIV, page 186, — Carré, *Lois de l'org. jud.*, tome VII, page 250; — Pardessus, n° 1351, — Boulay-Paty, *Cours de droit comm.*, page 188.

l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'auront pas d'hypothèques.

» Art. 572. S'il n'y a pas de poursuite en expropriation des immeubles, commencée avant l'époque de l'union, les syndics seront seuls admis à poursuivre la vente; ils seront tenus d'y procéder dans la huitaine, sous l'autorisation du juge-commissaire, *suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs*.

» Art. 573. La surenchère, après l'adjudication des immeubles du failli, sur la poursuite des syndics, n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes :

» La surenchère devra être faite dans la quinzaine;

» Elle ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de l'adjudication.

» Elle sera faite au greffe du tribunal civil, suivant les formes prescrites par les art. 710 et 711 du Code de proc. civ.

» Toute personne sera également admise à concourir à l'adjudication par suite d'enchère.

» Cette adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère [1]. »

Est-ce devant les tribunaux civils ou devant les tribunaux de commerce, que doivent être vendus les immeubles des débiteurs faillis?

Merlin a eu l'occasion de traiter cette question avec un soin tout particulier.

Le 24 octobre 1809, le tribunal de commerce d'Amiens avait rendu un jugement, très-longuement motivé, par lequel il avait décidé que la vente d'immeubles de faillis serait faite devant lui, mais avec observation des formes tracées par le Code de procédure. — La cour royale n'avait pu prononcer, car un désistement de l'appel était venu paralyser son pouvoir. — Le 24 août, le grand juge, ministre de la justice, transmit ce jugement au procureur général près la cour de cassation, avec injonction d'en poursuivre le redressement. — Voici le réquisitoire du savant magistrat :

« Les tribunaux de commerce ne sont que des tribunaux d'exception, et leur juridiction n'est qu'un démembrement de celle des tribunaux ordinaires. Ils ne peuvent donc connaître que des matières dont les tribunaux ordinaires sont dessaisis par une loi expresse. Les tribunaux ordinaires conservent donc la connaissance de toutes les matières que la loi n'a pas, par une disposition spéciale, rangées sous la juridiction des tribunaux de commerce.

» Or, y a-t-il, soit dans le Code de commerce, soit dans toute autre loi, quelque disposition qui charge les tribunaux de commerce de la vente des immeubles des négociants faillis?

» Non; et bien loin de là, il y en a une qui veut positivement qu'il ne puisse être procédé à ces sortes de ventes que de l'autorité des tribunaux civils ou d'arrondissement. « Les syndics » de l'union, porte l'art. 564 du Code de comm., » procéderont, sous l'autorisation du commissaire, à la vente des immeubles *suivant les formes* » *prescrites pour les biens des mineurs*; » formes que l'art. 459 détermine en ces termes : « La vente » se fera publiquement aux enchères, qui seront » reçues par un membre *du tribunal civil*, ou » par un notaire à ce commis et à la suite de » trois affiches. »

» Objecter, comme on le fait dans le jugement du 24 octobre 1809, qu'en se référant ainsi aux formes prescrites pour la vente des biens des mineurs, l'art. 564 du Code de comm. n'a voulu *que déterminer la forme à suivre pour la vente des immeubles des faillis, et* non *le tribunal qui devait en connaître*, c'est oublier que, de toutes les formes constitutives d'un acte public, la principale, et celle qu'il est le plus intéressant de régler, c'est la compétence des magistrats ou officiers qui doivent intervenir dans cet acte; c'est oublier, par conséquent, que dans l'article cité, la désignation du tribunal qui doit procéder à la vente, soit par le ministère d'un de ses membres, soit par celui d'un notaire de son choix, tient essentiellement à la forme de la vente elle-même; c'est, par une conséquence ultérieure, restreindre arbitrairement une disposition qui, par sa généralité, exclut toute exception et toute réserve.

» Remarquons, d'ailleurs, que l'art. 564 du Code de comm. se réfère indéfiniment aux formes prescrites pour la vente des biens des mineurs. Or, ces formes ne sont pas seulement réglées par l'art. 459 du Code civ.; elles le sont encore, et avec beaucoup plus de développement, par les art. 955 à 965 du Code de proc. Il faut donc, dans la vente des immeubles d'un failli, observer toutes les formes prescrites par les art. 955 à 965 du Code de proc., comme toutes celles qui sont prescrites par l'art. 459 du Code civ. pour la vente des biens des mineurs. Il faut donc y observer notamment la disposition de l'art. 962 du Code de proc., qui veut que copie des placards annonçant la vente des biens des mineurs soit insérée dans un journal, conformément à l'art. 683, c'est-à-dire avec la désignation de l'*avoué* du poursuivant. Il faut donc y observer également la disposition de l'art. 965 du même Code, qui veut que les enchères soient reçues conformément aux art. 701 et suivants, c'est-à-dire par le ministère d'*avoués*. Eh! comment observerait-on ces deux dispositions dans un tribunal de commerce, où il n'existe pas d'avoués, où même le ministère des avoués est formellement interdit?

» Qu'importe, au surplus, que l'art. 564 du Code de comm. ne permette aux syndics de l'union de faire procéder à la vente des immeubles que sous *l'autorisation du commissaire*, pris dans le tribunal de commerce?

[1] *Voy.* les art. 532, 563 et 564 du Code de commerce de 1807.

» Un tuteur aussi ne peut faire vendre les immeubles de son mineur que sous l'autorisation d'un conseil de famille. En est-il moins obligé de les faire vendre devant un membre du tribunal civil ordinaire ou devant un notaire commis par ce tribunal?

» ..... Ce considéré, il plaise à la cour, vu l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an 8, l'art. 564 du Code de comm., l'art. 459 du Code civ. et les art. 962 et 965 du Code de proc. civ., casser et annuler, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de son exécution à l'égard des parties intéressées, le jugement du tribunal de commerce d'Amiens du 24 octobre 1809 ci-dessus mentionné, et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres dudit tribunal. »

ARRÊT.

« La cour, vu l'art. 564 du Code de comm. et l'art. 459 du Code civ.;

» Attendu que le Code de commerce, ni aucune loi ne chargent les tribunaux de commerce de la vente des immeubles des débiteurs faillis; que l'art. 564 du Code de comm. porte que cette vente sera faite suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs; que suivant l'art. 459 du Code civ., la vente des immeubles des mineurs doit se faire aux enchères, qui seront reçues par un membre du tribunal de première instance, ou par un notaire à ce commis; que l'une des principales formes d'un acte public est la compétence des magistrats ou officiers qui doivent y intervenir;

» Attendu enfin que, suivant les art. 707 et 965 du Code de proc., les enchères doivent être faites par le ministère d'avoués, et qu'il n'existe point d'avoués au tribunal de commerce;

» La cour casse pour excès de pouvoir, dans l'intérêt de la loi, et sans préjudice de l'exécution à l'égard des parties intéressées, le jugement du tribunal de commerce d'Amiens du 24 octobre 1809, ordonne qu'à la diligence de M. le procureur général près la cour, le présent arrêt sera imprimé et transcrit sur le registre dudit tribunal [1]. »

Quoique cette décision eût replacé la question dans son véritable jour, les membres du tribunal de commerce d'Amiens persistèrent dans leur opinion, et adressèrent à l'empereur une pétition dans laquelle ils en maintenaient les principes. Comme ces empiétements d'un tribunal sur un autre sont chose grave, un avis du conseil d'État, du 4 décembre 1810, est venu désormais empêcher toute équivoque :

« Le conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport des sections de l'intérieur et de législation réunies, sur celui du ministre de l'intérieur et sur la pétition des juges du tribunal de commerce d'Amiens, ayant pour objet de décider que l'attribution de tout ce qui concerne les faillites appartient exclusivement aux tribunaux de commerce, et qu'en conséquence ces tribunaux peuvent ordonner la vente des immeubles des faillis devant un notaire commis par le tribunal, conformément aux art. 528 et 564 du Code de comm.;

» Vu l'art. 564 du Code de comm., qui porte que les syndics de l'union procéderont, sous l'autorisation du commissaire, à la vente des immeubles suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs, formes que l'article 459 du Code Napoléon détermine en ces termes : « La vente se fera publiquement aux » enchères, qui seront reçues par un membre » *du tribunal civil*, ou par un notaire à ce com» mis et à la suite de trois affiches; »

» Vu aussi les art 683, 701, 955, 962, 964 et 965 du Code de proc., qui prescrivent les formalités à remplir pour la vente des biens des mineurs;

» Attendu que les tribunaux de commerce ne sont que des tribunaux d'exception, qu'ils ne peuvent connaître que des matières dont les tribunaux ordinaires sont dessaisis par une loi expresse; que l'art. 528 du Code de comm., portant que les syndics poursuivront, en vertu du contrat d'union, et sans autres titres authentiques, la vente des immeubles du failli, sous la surveillance du commissaire, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli, ne change rien aux dispositions de l'art. 564 du même Code; qu'il en résulte que les syndics ne peuvent requérir le tribunal civil de faire procéder à la vente de l'immeuble qu'avec l'autorisation du commissaire, même dans le cas prévu par l'art. 964 du Code de proc. civ.;

» Attendu, en outre, que la vente des immeubles entraîne souvent avec elle des questions de propriété, de servitude et d'hypothèque, dont les tribunaux de commerce ne peuvent connaître,

» *Est d'avis* que les tribunaux civils sont seuls compétents, à l'exclusion des tribunaux de commerce, pour connaître de la vente des immeubles des faillis et de l'ordre et de la distribution du prix de la vente, et que le présent avis soit inséré au *Bulletin des lois*.

» Approuvé, au palais des Tuileries, le 2 décembre 1810 [2]. »

23. *Apposition et levée des scellés.* — Lorsque

[1] Arrêt du 3 oct. 1810 (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Vente*, tome XVI, page 366.

[2] Henrion de Pansey, *Aut. jud.*, tome 1er, page 367, en note; — Locré, tome VII, pages 190 à 193; — Pardessus, n°s 1351 et 1285; — Merlin, *loc. cit*, et v° *Trib. de comm.*, tome XIV, page 186, v° *Faillite, addit*, tome XV, page 267; — Carré, *Lois de l'organ.*, quest. 525; — Boulay-Paty, *des Faillites*, n° 444

le tribunal de commerce, averti de la cessation des payements d'un commerçant, soit par sa déclaration, soit par la requête de quelque créancier, soit par la notoriété publique, déclare le débiteur en état de faillite ouverte, il doit, par son jugement, ordonner l'apposition des scellés.

Le Code de commerce français du 28 mai 1838 prescrit à ce sujet les dispositions suivantes :

« Art. 455. Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal ordonnera l'apposition des scellés. — Néanmoins, si le juge-commissaire estime que l'actif du failli peut être inventorié en un seul jour, il ne sera point apposé de scellés, et il devra être immédiatement procédé à l'inventaire.

» Art. 457. Le greffier du tribunal de commerce adressera sur le-champ au juge de paix avis de la disposition du jugement qui aura ordonné l'apposition des scellés. Le juge de paix pourra, même avant ce jugement, apposer les scellés, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de disparition du débiteur ou de détournement de tout ou partie de son actif.

» Art. 458. Les scellés seront apposés sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles et effets du failli. — En cas de faillite d'une société en nom collectif, les scellés seront apposés non-seulement dans le siége principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires. Dans tous les cas, le juge de paix donnera sans délai, au président du tribunal de commerce, avis de l'apposition des scellés[1] »

L'apposition des scellés sur les biens d'un commerçant demandée par ses créanciers, aux termes du Code de commerce, ne peut, à peine de nullité absolue, être ordonnée par un seul juge ; elle doit l'être par le tribunal en corps [2].

24. En général, la levée des scellés s'opère sans difficulté sur la réquisition faite par le syndic de la faillite au juge de paix. — Cependant si des contestations s'élevaient, si l'on soutenait, par exemple, que les scellés doivent être conservés encore quelque temps, soit pour qu'un certain événement puisse se réaliser, soit pour qu'un certain créancier puisse se présenter, le tribunal de commerce n'aurait pas qualité pour statuer, et cela par deux motifs. D'abord, c'est en vertu de son jugement que l'apposition des scellés a été faite, et il ne peut connaître de son exécution ; en second lieu, ces incidents touchent aux règles de la procédure et ne sont pas empreints d'un caractère commercial.

C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Bruxelles, du 21 juillet 1812, qui décide que les tribunaux de commerce ne peuvent statuer sur une demande en mainlevée de scellés, encore bien que cette demande soit connexe à la dissolution et au partage d'une société commerciale.

Voici le texte de cet arrêt :

« Attendu que les affaires dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de commerce, ainsi que les cas où il y a connexité de cause, se trouvent déterminés au livre IV, tit. II, du Code de comm.

» Attendu que le contentieux relatif au pouvoir d'apposer les scellés entre associés n'est point compris dans ses attributions ;

» Attendu que le différend, qui a pour objet de prétendus actes arbitraires dont un associé entend inculper l'autre, par une apposition de scellés, n'est point une contestation pour raison de la société, qui doive être jugée par des arbitres, aux termes des art. 51 et suiv. du Code de comm. ;

» Attendu que si l'art. 1872 du Code civ. déclare applicables au partage entre associés les règles concernant le partage des successions, sa forme et les obligations qui en résultent entre cohéritiers, et si l'art. 909 du Code de proc. permet la réquisition des scellés par tous ceux qui prétendent droit dans la succession ou dans la communauté, il n'est pas moins vrai de dire que la question *si les scellés ont été indûment apposés* présente une discussion sur un quasi-délit, qui est purement civil de sa nature ;

» Attendu qu'en supposant même cette contestation connexe à la cause sur la dissolution, le partage et la liquidation devant arbitres nommés par les parties, en exécution du jugement du tribunal de commerce du 19 mai 1812, il demeure constant que les tribunaux de commerce, quoique légalement saisis d'une demande, ne peuvent statuer sur un incident ou sur une exception qui est hors de leur compétence; de sorte qu'il n'y a lieu, par les intimés, à invoquer les art. 168 et 171 du Code de proc. civ. ;

» D'où il suit que le tribunal civil d'Anvers, qui aurait pu surseoir à statuer sur la demande en nullité de l'apposition de scellés, jusqu'au rapport de la sentence arbitrale à rendre sur la dissolution, le partage et la liquidation de la société, s'il considérait cette décision comme préjudicielle, connexe ou subordonnée à la question de nullité, a infligé grief à l'appelant en se déclarant incompétent;

» Par ces motifs, dit que le tribunal civil était compétent, etc. [3]. »

25. *Offres réelles.* Lorsque le débiteur d'une somme d'argent veut se libérer et que le créancier refuse le payement, des offres réelles peu-

(1) *Voy.* les art. 466, 449, 450, 451, 452 et 453 du Code de commerce de 1807.

(2) Riom, 4 juill. 1809 (S.-V., 14, 2, 185).

(3) (S.-V., 14, 2, 159; Dalloz, tome V, page 424.

vent être faites, et, à défaut d'acceptation, la consignation qui les suit produit l'extinction de l'obligation.

En général, les sommes sont consignées parce que le créancier, ayant refusé ou n'ayant pu les recevoir et en donner quittance valable, est l'auteur ou la cause de difficultés. Pour les faire cesser, pour assurer sa libération, le débiteur fait suivre les formalités du dépôt d'une demande en validité. Quelquefois aussi le créancier, dont le refus a été fondé sur de légitimes exigeuces, introduit une instance en nullité des offres (art. 1257 à 1264, Code civ.; art. 812 à 818, Code de proc. civ.). Quel est le tribunal compétent pour connaître de cette double prétention? Est-ce le tribunal de commerce, est-ce le tribunal civil?

La contestation sur le mérite des offres réelles peut être soumise aux juges directement, par voie de demande principale; indirectement, par voie d'incident. C'est ce qu'explique l'art. 815 du Code de proc., quand il dit : « La demande, qui pourra être intentée, soit en validité, soit en nullité des offres ou de la consignation, sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales; si elle est incidente, elle le sera par requête. »

Il nous semble que, dans ces deux cas, il peut se faire que cette demande soit de la compétence commerciale : cela dépendra uniquement des circonstances particulières du fait litigieux. Si la difficulté qui divise le créancier et le débiteur est commerciale; si elle présente à juger une question qui, de sa nature et prise abstractivement, aurait pu être portée devant les magistrats consulaires, nous ne voyons pas de raisons qui pourraient leur faire un devoir de se dessaisir dans cette occurrence. Les offres sont un mode de payement, et la nullité ou la validité du payement d'une dette de commerce rentre dans le domaine des attributions des juges de commerce.

Ce que nous dirions au sujet d'une demande principale, à plus forte raison le dirions-nous d'une demande incidente. Voilà le tribunal de commerce saisi d'une demande en payement d'une dette commerciale : le défendeur la repousse en se retranchant derrière des offres réelles; le demandeur réplique que ces offres ne sont pas valables et n'ont pas produit la libération, par tel et tel motif. C'est là une contestation incidente, qui se lie intimement à l'action de la compétence consulaire; ce n'est plus l'appréciation de l'exécution des règles de la procédure qu'il faut faire : il s'agit d'entrer dans le fond du droit, et ce fond du droit, il repose sur des conventions, sur des actes, que le tribunal de commerce a le pouvoir d'examiner.

26. Il en serait autrement si les offres et la consignation étaient faites par suite d'un jugement du tribunal de commerce. Si des difficultés s'élevaient sur ces offres et consignation, comme elles seraient relatives à l'exécution de ce jugement, et comme il est de règle que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs sentences, ils devraient renvoyer le débat aux tribunaux de première instance [1].

En matière de lettres de change, les offres qui ne renferment pas, quant aux intérêts, tous ceux qui ont couru à partir du protêt, sont insuffisantes et nulles. A cet égard l'offre de parfaire ne peut suffire [2].

27. *Suppression de mémoire injurieux.* — Pour achever l'œuvre des plaidoiries, et déterminer la conviction des magistrats, des mémoires leur sont souvent produits. — Les conseils, les avocats des parties, savent que devant la justice ils doivent unir la modération à la fermeté du langage. Si la confiance dont ils sont investis leur fait un pénible devoir de se livrer parfois à des attaques personnelles, ils n'oublient jamais que la loi leur ordonne de parler et d'écrire avec une prudente réserve : les récriminations qu'ils font entendre sont dictées par les nécessités de la défense, et appuyées sinon sur des preuves certaines, du moins sur des indices vraisemblables. — Les parties, au contraire, entraînées par les inspirations de l'intérêt personnel, excitées par des passions jalouses ou haineuses, peuvent dépasser plus facilement le but, injurier pour nuire, et manquer ainsi au respect dû à la justice et même à leurs adversaires.

Lorsque de semblables écarts se manifestent, il importe qu'ils soient promptement réprimés. — D'ailleurs, les meilleurs juges de la moralité de ces attaques, de leur objet, de leur influence, des circonstances qui les ont amenées et qui les excusent, ce sont les juges du procès dans lequel elles ont surgi et que les écrits produits et publiés avaient pour but d'éclairer. C'est pour cela que l'art. 1036 du Code de proc. civ. dispose que « les tribunaux, suivant la gravité des » circonstances, pourront, dans les causes dont » ils seront saisis, prononcer, même d'office, » des injonctions, supprimer des écrits, les dé» clarer calomnieux, et ordonner l'impression et » l'affiche de leurs jugements. »

Cette règle étant générale, sans restriction, comprenant tous les tribunaux, s'applique aux tribunaux de commerce comme aux autres juridictions exceptionnelles ou ordinaires [3].

Il est important de faire remarquer que la demande en suppression d'écrits injurieux ne peut être portée devant les juges de commerce

[1] Paris, 21 août 1810 (S.-V., 14, 2, 239).
[2] Paris, 25 août 1810 (S.-V., 14, 2, 240).
[3] Chassan, *Des délits de la presse*, tome 1er, page 72; — Carré, *Lois de l'org. judic.*, quest. 541; — Grattier, tome 1er, page 251; — Despréaux, n° 87.

que d'une manière incidente, c'est-à-dire qu'elle doit leur être soumise pendant qu'ils sont encore saisis du procès sur le fond.

28. *Maintenant, en requérant des magistrats consulaires la suppression d'un mémoire injurieux, peut-on leur demander des dommages-intérêts à raison du préjudice que ces attaques inconsidérées ont pu faire souffrir ?*

Le doute vient du silence, à cet égard, de l'art. 1036 du Code de proc.

Cet article autorise la suppression et ne va pas au delà ; or, comme les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception, qui ne peuvent, à ce titre, connaître que des matières à eux attribuées ; comme l'action en dommages-intérêts résultant d'un quasi-délit n'est point de nature commerciale, on serait disposé à pencher vers leur incompétence.

Cependant, d'autres motifs nous paraissent aussi graves. — La demande en dommages-intérêts n'est que l'accessoire, la conséquence de la suppression réclamée qui, elle, n'est pas non plus une contestation commerciale. N'existe-t-il pas une entière connexité entre ces deux incidents, nés d'un même fait, compliqués des mêmes circonstances, régis par les mêmes principes, aboutissant au même résultat ? Est-ce que les juges de commerce n'apprécieront pas aussi bien que les autres juges le préjudice que va causer l'attaque injurieuse ? Est-ce qu'ils ne savent pas mieux que personne de quel prix il faut payer la réputation d'un commerçant ? Est-ce que les éléments du débat élevé en leur présence ne les mettent pas en mesure d'apprécier toute la gravité des imputations qu'ils vont supprimer et déclarer calomnieuses ?

Il y aurait du danger peut-être à scinder ces deux branches d'une même réclamation, et, compétent pour statuer sur l'une d'elles, le tribunal de commerce est compétent, au même titre, pour faire droit sur l'autre [1].

Un mémoire peut être incidemment supprimé, alors même qu'il n'a point été signifié à la partie, mais seulement produit aux juges [2].

Celui qui est étranger à une contestation n'a pas le droit d'y intervenir pour demander la suppression de mémoires publiés par les parties, et dans lesquels il prétend avoir été injurié [3].

29. *Taxe des frais d'huissiers.* — « Quoique les juges-consuls taxent ordinairement les dépens faits en leur juridiction, néanmoins il a été jugé, par arrêt du 29 févr. 1708, rapporté au *Journal des audiences*, que la taxe des frais d'huissier, pour exploits faits en la juridiction consulaire, devait être faite par les juges ordinaires, lorsque la demande était faite, non de partie à partie, mais de l'huissier contre sa partie [4]. »

30. *De certaines exceptions dilatoires ou d'instruction.* — *Déclinatoire* [5]. — De même que le tribunal de commerce est compétent pour statuer sur la validité de l'exploit introductif d'instance, de même il a le droit de rechercher si, en la forme, il a été bien saisi, ou bien si, au contraire, il doit prononcer le renvoi en un autre tribunal.

Les demandes tendant à cette fin doivent être jugées sommairement, sans pouvoir être réservées ni jointes au principal. (Art. 172, Code de proc. civ.)

Le même jugement pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais, par deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond. — Les dispositions sur la compétence pourront toujours être attaquées par voie d'appel. (Art. 425.)

Plusieurs causes peuvent déterminer les parties à proposer le déclinatoire.

D'abord, l'*incompétence* proprement dite, au sujet de laquelle l'art. 168 dispose : « La partie » qui aura été appelée devant un tribunal autre » que celui qui doit connaître de la contestation » pourra demander son renvoi devant les juges » compétents. »

Ensuite la *litispendance*, dont l'art. 171 du Code de proc. civ. reconnait l'existence, « lors- » qu'il a été formé précédemment, en un autre » tribunal, une demande pour le même objet. »

Enfin, la *connexité*, qui est l'état de deux affaires, lesquelles par leurs rapports intimes nécessitent un jugement commun. (Art. 171, Code de proc. civ.)

L'incompétence est, entre toutes les exceptions, la première qui doive être invoquée : « elle sera formée préalablement à toutes autres » exceptions et défenses, » dit l'art. 169. « Le » déclinatoire, pour toute autre cause (que celle » d'incompétence matérielle), ne pourra être » proposé que préalablement à toute autre dé- » fense, » ajoute l'art. 424, § 2. (Art. 173, conforme.)

C'est ici qu'il importe aux parties de ne pas oublier la différence fondamentale, qui existe entre l'incompétence *à raison de la matière* et l'incompétence *à raison de la personne*. C'est, en quelque sorte, pour cette dernière seulement que la loi prescrit l'antériorité sur toutes les autres exceptions.

L'incompétence d'attribution est si grave, elle touche si profondément aux principes de l'organisation judiciaire, qu'elle est d'ordre public, que dès lors les parties peuvent s'en pré-

[1] Rennes, 20 juin 1818 (Carré, *Lois de la proc.*, note sous l'art. 1036.

[2] Rennes (arrêt qui vient d'être cité) ; — Cass., 22 nov. 1809 (S.-V., 10, 1, 88) ;—cass., 3 juin 1825 (S.-V., 25, 1, 254) ;—cass., 6 fév. 1829 (S.-V., 29, 1, 170).

[3] Cass., 24 brum. an 14 (S.-V., 7, 2, 114) ;—Carré, *Lois de la proc.*, quest. 433, et quest. 3421.

[4] Jousse, page 344.

[5] Nous reviendrons sur ce sujet à la 3e partie, en traitant de la procédure.

valoir en tout état de cause ; que, si le renvoi n'est pas demandé, le tribunal est tenu de renvoyer d'office devant qui de droit, et que, malgré le silence des justiciables, le défaut de renvoi de la part des juges donnerait ouverture à un grief d'appel ou de cassation. (Art. 170 et 424, § 1er.)

L'incompétence à raison du domicile, de la personne, de la litispendance, de la connexité, n'est au contraire établie que dans l'intérêt des individus en particulier. C'est à elle que se réfèrent les art. 169 et 424, § 2. Si elle n'est pas proposée au début de la procédure, et avant défenses au fond, celui en faveur de qui elle militait ne peut plus l'invoquer, ni en instance, ni en appel, ni en cassation.

31. Quand il s'agit d'incompétence *ratione materiæ*, les juges *sont tenus* de prononcer d'office le renvoi : cette expression de l'art. 170 a la même valeur que celle de l'art. 424, qui, parlant spécialement du tribunal de commerce, dit impérativement : *il renverra*. Il en résulte que, même du consentement des parties, la juridiction consulaire ne pourrait s'exercer sur des matières étrangères à ses attributions.

Dans le cas d'incompétence ratione personæ, vel ratione loci, *le consentement exprès ou tacite des parties peut proroger la juridiction du tribunal qu'elles ont saisi. Mais ce tribunal* peut-il refuser *cette prorogation?* A-t-il le droit, *lorsqu'il reconnaît son incompétence, de la déclarer d'office?*

Nous ne voyons pas sur quel motif sérieux on se fonderait pour décider la négative. — L'art. 170, en prescrivant le dessaisissement dans une hypothèse, ne l'ordonne pas nécessairement dans toutes les autres, mais aussi il n'y fait pas obstacle. Si les juges croient apercevoir une fraude cachée, si, incompétents d'après les règles légales, ils supposent que la contestation sera mieux et plus sûrement appréciée par les juges naturels des parties, on ne pourrait citer aucun texte de loi, leur imposant la charge de conserver la décision d'une semblable contestation. Il nous semble, au contraire, qu'ils trouveraient dans les règles générales de la procédure, dans leurs indications sur les ajournements en matière personnelle, des raisons suffisantes pour expliquer leur jugement d'incompétence.

Cette question n'a été, à notre connaissance, soumise que deux fois à la cour régulatrice, et elle l'a décidée dans ce sens. Voici le motif du premier de ses arrêts :

« Attendu qu'aucune loi n'oblige un tribunal à juger des parties qui ne sont pas ses justiciables, alors même qu'elles auraient consenti à être jugées par lui ;

» Rejette, etc. [1]. »

32. Le droit de requérir le renvoi appartient non-seulement au défendeur principal, mais encore à celui qui est assigné comme garant. — Le garanti, par son silence, peut-être par une fraude, ne pourrait faire au garant une autre position que celle qui lui appartient légalement.

33. *Dénégation et vérification d'écritures : faux incident civil.* — On lit dans Jousse : « Les juges-consuls ne peuvent connaître des inscriptions de faux, même incident, qui peuvent survenir dans le cours d'une instance contre un billet ou un autre acte produit par quelqu'une des parties. C'est une suite de ce qui est porté en la déclaration du 15 mai 1703, qui enjoint aux juges-consuls de renvoyer, pour les vérifications d'écritures, par-devant les juges ordinaires, ce qui résulte d'ailleurs de l'art. 20 du tit. 1er de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670. » (*Titre XII de l'ordonnance de* 1673, pages 340 et 341.)

Cependant le *Praticien des consuls* soutenait que la déclaration de 1703, loin de s'opposer à la compétence des juges-consuls, la consacrait formellement. Il ajoutait : « En général, le commerce aurait trop à souffrir s'il en était autrement. Les mauvais payeurs éluderaient, même en lettres de change, comme en tous autres billets et obligations, dans le seul dessein de gagner du temps. Quelles longueurs et quels frais n'y aurait-il pas à essuyer, à la ruine du commerce ! (Pages 361 et 362.)

Quoi qu'il en soit, l'art. 427 du Code de proc. civ. a transporté cette règle d'incompétence dans nos lois. « Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la » partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges qui doivent en connaître, et il sera sursis au jugement de la demande principale.

» Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un » des chefs de la demande, il pourra être passé » outre au jugement des autres chefs. »

Lorsque le corps législatif délibérait sur les attributions à donner aux tribunaux de commerce, une distinction fut proposée. La cour d'appel de Caen, les tribunaux de commerce d'Abbeville et de Gand, demandèrent que la vérification des écritures et signatures, séparée du faux principal ou incident, fût attribuée à la juridiction commerciale, et réclamèrent un amendement en ce sens à l'art. 447 du projet.

La cour de Caen disait : « Lorsqu'il ne s'agit que d'une simple vérification d'écriture non reconnue, et qu'il n'y a point lieu à la poursuite du crime de faux, il semble que les juges de commerce pourraient, sans inconvénient, être

[1] Cass., 11 mars 1807 (S.-V., 7, 2, 73); — Rennes, 17 mai 1815 (Carré, *Lois de la compét.*, quest. 721 ; — cass., 8 avril 1818 (S.-V., 22, 1, 317; — Brux., 18 nov. 1835 ; *J. de Br.*, 1836, page 181 ; — Dalloz, tome XII, page 86, no 5, et tome V, page 431 ; — Boncenne, tome 1er, page 217 ; — Boitard, sur l'article 170 ; — Pardessus, no 1370 ; — Carré, au lieu cité ; — Bioche, *Dict. de proc.*, vo *Exception*, no 33 ; — Pigeau, *Commentaire*, note sous l'art. 170.

autorisés à faire procéder à la vérification. « Si l'on adopte cette opinion, elle doit être consacrée par un texte formel. » (*Observations des tribunaux*, tome Ier, pages 179 et 180.)

Le tribunal de commerce d'Abbeville formulait ainsi le même vœu :

« Il conviendrait que la vérification d'écritures et signatures déniées pour raison d'écrits relatifs au commerce fût faite par-devant eux par experts nommés soit par les parties, ou d'office. » (Tome II, page 6, dernier alinéa.)

Le tribunal de commerce de Gand développait en ces termes cette pensée, qui jusque-là avait été seulement indiquée: « Nous proposerions d'ajouter aux attributions des tribunaux de commerce, que les juges de commerce pourraient procéder à la vérification des écritures, en cas de dénégation dans les matières de leur compétence, comme le juge ordinaire y procède dans celles dont la connaissance lui appartient, dans les formes prescrites par l'édit du mois de décembre 1684.

» Jusqu'à présent on a pratiqué, dans les juridictions consulaires, que la vérification d'écritures ne pouvait avoir lieu que devant les juges ordinaires, et qu'ainsi, en cas de dénégation, le juge de commerce devait y renvoyer la cause pour être procédé à la vérification des écritures, et, cette opération achevée, la cause était ramenée devant lui.

» Cette procédure renferme un cercle vicieux, inutile et dangereux ;

» *Inutile*, en ce que la vérification d'écritures ne consistant qu'en une expertise, nous ne voyons pas pourquoi le juge de commerce ne pourrait y intervenir dans les matières attribuées à sa juridiction, comme en toute autre expertise;

» *Dangereux*, en ce qu'il accorde des délais au débiteur de mauvaise foi, et a ainsi des attraits pour faire dénier les écritures ;

» Cette dénégation n'arrive que trop souvent: ce délit n'est pas prévu dans le Code pénal ; et, cependant, il nous paraît que celui qui dénie les écritures et signatures est coupable comme celui qui contrefait celles d'un tiers; et, s'il n'y a pas un pareil degré de culpabilité, au moins il nous paraîtrait essentiel que celui qui est convaincu d'avoir, à tort et méchamment, dénié ses écritures, devrait être puni d'une détention et du *carcan*.

» Cette proposition est hors de notre sujet; mais peut-être, et nous le désirons, l'observation n'en sera pas perdue. » (Tome II, pages 390 et 391, observations sur l'art. 447 du projet.)

Les commissaires chargés de la rédaction du projet du Code de commerce accueillirent ces observations, et, dans la révision de leur travail, ils ajoutèrent aux attributions des tribunaux de commerce énoncées dans l'art. 447, « les vérifications d'écritures contestées, jusqu'à l'inscription de faux exclusivement. » (Tome IV, page 195.)

La chambre de commerce de Paris, consultée sur le projet du Code ainsi revisé maintint l'innovation de la commission. (Tome IV, page 151.)

Cependant, la cour d'appel de Paris l'avait vivement combattue par les raisons suivantes : « Les tribunaux de commerce peuvent, contre la règle générale, condamner au payement d'un billet ou promesse sous signature privée, sans que le demandeur soit tenu préalablement d'en faire reconnaître l'écriture; mais, au cas qu'elle soit déniée, ils doivent surseoir et renvoyer, pour la vérification, devant les juges ordinaires. C'est ce que porte une déclaration du 15 mai 1703, qui doit être suivie. Un procès verbal de vérification d'écritures demande des juges exercés; et, d'ailleurs, cette matière, quoique civile, a par elle-même une teinte de criminel. Celui qui dénie son écriture ou sa signature, s'il succombe, demeure entaché par le jugement, et doit être condamné à une amende, suivant l'édit de 1684, outre les dépens, dommages-intérêts envers la partie.

» A plus forte raison les juges de commerce ne peuvent-ils pas connaître des inscriptions de faux, même incident : les rédacteurs du projet du Code en conviennent. » (Tome Ier, page 420.)

Ces motifs déterminèrent le législateur qui, dans l'art. 427 du Code de proc., rejette dans le domaine exclusif de la juridiction ordinaire, la vérification des écritures et signatures.

34. L'art. 427 mérite quelques observations :

1° Il faut accorder une attention spéciale à ces mots : Si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs. — Par là, le législateur indique sa pensée : il veut, autant que possible, empêcher que la dénégation d'écritures ne devienne un moyen de gagner du temps.

2° Si la preuve, en la supposant faite, n'est pas de nature à influer sur le fond de l'affaire, le tribunal est libre de statuer sans désemparer. — En effet, à quoi bon un sursis, lorsqu'il est évident qu'il ne peut modifier en rien la situation actuelle. *Frustra probatur quod probatum non relevat* [1].

3° Lorsque la dénégation d'écritures ou l'allégation de faux est évidemment mal fondée, et n'a eu pour but que d'éloigner le terme du payement, le tribunal de commerce n'est pas tenu d'une manière absolue de surseoir et de renvoyer au tribunal civil [2].

[1] Cass., 18 août 1806; — Carré, *Lois de l'org.*, tome VII, page 340;—Pardessus, n° 1373;—Despréaux, n° 149

[2] Cass., 23 août 1813 (S.-V., 15, 1, 131).—cass., 11 fév. 1818 (S.-V., 18, 1, 304); — cass., 24 mai 1837 (S.-V., 37, 1, 342); — cass., 3 déc. 1839 (S.-V., 40, 1, 190);—cass., 9 déc. 1839 (S.-V., 40, 1, 30);—Favard, tome V, pag. 918 et 919;—Pigeau, *Comment*, tome Ier, page 427; — Thomine, n° 231. — Berriat, sect. 3, div. 2, titre I, n° 13, — Boncenne, tome II, page 49;

4° Le sursis doit être prononcé lorsque, sur une demande en payement d'un billet à ordre, un des endosseurs s'inscrit en faux : peu importe que la négociation ait été faite de bonne foi entre les endosseurs, l'on ne peut dire que le porteur est fondé à agir indistinctement contre tous [1].

5° Il n'est pas nécessaire, pour que le tribunal de commerce renvoie les parties, que l'inscription de faux soit formée. — Il suffit que la pièce produite soit méconnue et que la partie persiste à s'en servir [2].

6° Lorsque celui qui s'inscrit en faux est caution et appelé en garantie, par exemple un donneur d'aval, le tribunal doit surseoir quant à lui, mais il doit statuer à l'égard des defendeurs principaux, par exemple des tireur, accepteur et endosseurs.

7° Si l'instance dans laquelle le faux incident s'élève est pendante devant un tribunal civil remplissant les fonctions du tribunal de commerce, le tribunal doit se dessaisir en tant que juridiction commerciale, pour être statué par lui jugeant comme juridiction ordinaire et suivant les formes des tribunaux de première instance. Cela est d'autant plus certain, que devant les tribunaux civils, quand ils font fonctions de juges de commerce, il n'y a point d'officier du ministère public, dont les conclusions sont nécessaires en ces matières [3].

8° Le tribunal de commerce peut, en renvoyant les parties devant les juges compétents, par mesure de précaution et d'ordre public, ordonner le dépôt au greffe de la pièce arguée de faux [4].

35. *Des actes d'instruction.* — La juridiction commerciale a des titres nombreux qui démontrent son incontestable utilité : l'avantage d'éviter les procédures compliquées et dispendieuses n'est pas l'un des moins précieux. — Pour qu'elle puisse justifier les espérances fondées sur les institutions, il faut qu'elle ait le droit d'éclairer les procès, en s'entourant des moyens d'instruction qui peuvent aider à la découverte de la vérité. Si les tribunaux de commerce ne pouvaient accomplir ces actes préliminaires, si les enseignements qui doivent en sortir leur arrivaient par l'intermédiaire d'une autre juridiction, s'ils étaient obligés de recourir à des involutions de procédure, leur institution, au lieu d'être économique et rapide, deviendrait ruineuse et lente ; elle serait complétement faussée.

C'est pour cela que les opérations préparatoires, destinées à faciliter le jugement definitif, sont de leur compétence. Ils ont le droit de statuer :

Sur les délais réclamés par le défendeur pour pouvoir mettre garant en cause (art. 195 et suiv. du Code de proc.) ;

Sur le mérite d'interventions formées par des tiers, dans les procès dont ils sont saisis (articles 339 et suiv.) ;

Sur les demandes en comparution des parties, soit à l'audience, soit en chambre du conseil, et en interrogatoires sur faits et articles (art. 118, 324 et suiv. du Code de proc.) ;

Sur les demandes en nomination d'experts, et sur les diverses opérations de l'expertise (art. 302 et suiv.);

Sur les enquêtes (art. 252 et suiv. ; 407 et suiv.);

Sur l'apport des livres et sur la communication des pièces d'une partie à la partie adverse (art. 188 et suiv.);

Sur le serment, qui peut être déféré par l'une des parties, ou d'office par les juges (articles 1357 à 1369, du Code civ.);

Sur la récusation, qui pourrait être faite de quelques-uns des magistrats composant le tribunal, récusation qu'ils jugeraient avec les règles prescrites dans les art. 378 à 396;

Sur la validité d'un désistement contesté (art. 402 et 403);

En un mot sur tous les incidents de procédure qui peuvent surgir dans une instance dont ils sont valablement saisis. — Il importait de dire en ce moment un seul mot de ces divers incidents, dans leurs rapports avec la compétence ; plus tard, et en traitant de la procédure, nous aurons à y revenir avec quelque détail.

36. *De la péremption d'instance ou du jugement. — Les tribunaux de commerce peuvent-ils résoudre la question de savoir si une instance engagée devant eux est périmée?*

L'affirmative est résolue par une masse si imposante d'arrêts et d'auteurs, que nous devons la tenir pour constante. Nous nous bornerons à rappeler ici ces diverses autorités, à transcrire un arrêt de la cour de cassation où la question est traitée avec développement, et à donner le texte d'un jugement récent du tribunal de Paris, qui a fait de cette règle une application conforme [5].

—Carré, *Lois de l'org. jud.*, tome VII, page 340;—Pardessus, nº 1373;—Despréaux, nºs 149 et 150. Mais voy. Brux., 14 oct. 1822, *Pasicrisie belge*, et Chauveau sur Carré, nº 1598.

[1] Cass., 20 nov. 1833 (Bioche, vº *Faux incident*, nº 14.

[2] Cass., 23 août 1827 ; — Bioche, *ib.*, nº 16 ; — Pardessus, nº 1373.

[3] Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1529 ; — Pardessus, nº 1373;—Boitard, sur l'art. 428;—Bioche, vº *Trib. de comm.*, nº 225 —Despréaux, nº 154.

[4] Cass., 1er avril 1829 (S.-V., 1829, 1, 134). — Bioche, *ib.*, nº 17;—Despréaux, nº 144.

[5] Aix, 12 mars 1825 (S.-V., 26, 2, 4) ;—Amiens, 25 juin 1826 (S.-V., 27, 2, 100) ; — Bastia, 26 fév. 1834 (S.-V., 34, 2, 608). — Bordeaux, 16 juill. 1834 (S.-V., 34, 2, 488). — Rouen, 26 août 1836 (S.-V., 41, 1, 418, dans un arrêt de la cour de cassation); — Cass., 21 déc. 1836 (S.-V., 37, 1, 5). — Merlin, *Quest.*, vº *Tribunal de comm.*, § 10;—Locré, tome IX, pages 7 et 8 ; — Reynold, *Tr. des péremptions*, § 15, page 37 ;—Favard, *Répert.*, vº *Péremption*, nº 8;—Berriat, *ib. De la péremption* ;—Thomine, nº 441 ; — Roger, *Annales commerciales*, tome IV, page 100 ;—Dalloz, vº *Péremption*, sect. 4, nº 3. —Chauveau sur Carré, *ubi infra* ;—Raynaud, *De la péremption*, nº 18 ;—

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION.

« La cour,

» Attendu que la péremption d'instance (ce mode utile de mettre fin aux procès et de mettre obstacle encore à la perpétuité des actions imprescriptibles, tant qu'elles demeurent *sub judice*) fut d'un usage constant dans la jurisprudence française, et admise indistinctement par tous les tribunaux, même ceux de commerce, avant la publication du Code de procédure civile;

» Attendu que l'art. 397 du Code de proc. civ., qui consacre cette règle du droit français, est conçu dans des termes généraux, absolus, qui en font une disposition toute décisoire comme celle du même genre, telles, par exemple, que celles des art. 378, 379 et suiv., relatives à la récusation des juges, des art. 1012 et 1028 relatives aux arbitrages volontaires, et lesquelles, écrites dans divers titres du Code étrangers à la procédure devant les tribunaux du commerce (quoiqu'elles ne soient pas reproduites dans le tit. XXV, liv. II de ce Code, sur la procédure spéciale dans les tribunaux de commerce, non plus que dans le Code de commerce), doivent néanmoins s'appliquer et s'appliquent habituellement aux instances commerciales comme aux instances civiles, par le motif que ce sont des règles positives qu'on doit suivre toutes les fois qu'elles ne sont ni exclues par d'autres dispositions expresses, ni incompatibles avec celles spéciales aux tribunaux de commerce;

» Attendu que de l'absence du ministère des avoués dans les tribunaux de commerce, on ne peut induire la répulsion de la péremption dans les instances commerciales, puisque, des termes mêmes de l'art. 397, il résulte implicitement que la péremption doit avoir lieu, soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'avoués constitués dans ces causes;

» Attendu qu'on ne peut pas non plus se prévaloir, pour rejeter la péremption des instances commerciales, de ce que le législateur, ayant pris soin de prescrire la péremption dans les justices de paix; par l'art. 15 du Code de proc. civ., et, dans les cours d'appel, par l'art. 469 du même Code, on doit conclure de son silence, soit dans le tit. XXV, liv. II, Code de proc. civ., soit dans le Code de comm., qui n'a pas voulu qu'elle soit applicable aux instances commerciales, parce que d'abord l'art. 15 n'a pas d'autre but que d'empêcher une longue instruction devant les justices de paix, en décidant que toutes instances, après interlocutoire, seront périmées si elles n'ont pas été jugées dans le délai de quatre mois; quant à l'art. 469, il n'introduit pas la péremption dans les cours d'appel, où, au contraire, il la suppose admise par l'art. 397, puisqu'il se borne à déclarer quels en seront les effets en cause d'appel;

» Attendu qu'il importe autant, et peut-être davantage, d'admettre la péremption des instances commerciales que celle des instances civiles, puisque, de leur nature, les instances commerciales doivent être promptes, brièvement instruites et jugées, dans l'intérêt même du commerce;

» Attendu que ce serait mal argumenter que d'opposer à la péremption d'instance devant les tribunaux de commerce, l'art. 189 du Code de comm., qui proclame la prescription des actions commerciales pour lettres de change, billets, etc., dans un délai de cinq ans à dater des protêts ou dernières poursuites (sous prétexte que, par l'admission de la péremption, qui annule tous les actes de la procédure, la prescription des actions se trouverait hâtivement encourue), puisqu'il faudrait faire le même reproche et reconnaître le même inconvénient pour les instances civiles, pour lesquelles sont admises des prescriptions encore moindres de cinq ans, et qui néanmoins sont soumises à la péremption;

» Attendu, d'ailleurs, qu'on ne peut et qu'on ne doit rien induire des règles relatives aux prescriptions des actions introduites par le droit civil, étrangères au Code de procédure, pour contredire, comme pour apprécier, celles relatives à la péremption d'instance; les unes et les autres règles devant demeurer étrangères entre elles et absolument indépendantes, ainsi que l'a posé en principe la jurisprudence des arrêts, en prononçant constamment que la péremption, lors même qu'elle se trouverait jointe à la prescription, ne pouvait s'acquérir de plein droit;

» Rejette, etc. [1]. »

JUGEMENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS.

« Attendu que l'instance dont la péremption est demandée a été introduite par Ruffier le 13 janvier 1829, et renvoyée, avant faire droit par le tribunal, devant M. le juge-commissaire de la faillite;

» Que, le 14 février suivant, ledit Ruffier a fait sommation au syndic Perreau, Lecomte et Ce, de se présenter devant M. le juge-commissaire;

» Attendu que la demande en péremption a été formée le 25 juillet 1840; que, dans l'inter-

Despréaux, nº 64; — Bioche, vº *Péremption*, nº 18; — E. Cadrès, tit. XX, page 277.

En sens contraire : Rouen, 16 juill. 1817 (S.-V., 17, 2, 416). — Pardessus, nº 1381; — Carré, *Lois de la proc.*, nº 1411; — Ravez père et fils, *Consultation* (S.-V., 34, 2, 608); — Pigeau, tome 1er, page 680; — Orillard, nos 103 à 105.

[1] 21 déc. 1836 (S.-V., 37, 1, 5).

valle qui s'est écoulé depuis le 14 février 1829, il n'y a aucun acte de procédure ;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 397 du Code de proc. civ., toute instance est éteinte par discontinuation de poursuites pendant trois ans ;

» Que cette disposition est conçue dans des termes généraux, absolus ; qu'elle n'est pas incompatible avec celles spéciales aux tribunaux de commerce ; qu'elle se concilie, au contraire, avec l'esprit qui a présidé à l'institution de la juridiction consulaire devant laquelle les actions doivent être promptes et brièvement jugées ; qu'il est donc dans l'intérêt du commerce d'obliger les justiciables à réclamer, avant l'expiration du délai de trois années, la solution des instances par eux introduites ;

» Attendu que, dans l'espèce, la péremption n'a été couverte par aucun acte de procédure ;

» Le tribunal déclare périmée l'instance introduite par Ruffier, le 13 janvier 1829 [1]. »

37. Nous venons de parler de la péremption des instances, qui sont encore pendantes ; voyons maintenant si les tribunaux de commerce peuvent connaître de celles de leurs jugements.

Le Code de procédure, publié avant le Code de commerce, a disposé dans l'art. 156 que les jugements par défaut seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. En réglant la procédure à suivre devant les tribunaux de commerce, le législateur avait omis, dans la loi de procédure, de déclarer si cette règle serait suivie dans les sentences consulaires. L'art. 643 de la loi commerciale a comblé cette lacune en ordonnant d'appliquer l'art. 156 du Code de proc. aux instances commerciales.

Maintenant les juges de commerce sont-ils compétents pour veiller à cette application ? Un jugement par défaut a été rendu en juridiction commerciale ; six mois se sont écoulés depuis son obtention ; l'une des parties soulève la question de savoir si ce jugement est ou n'est pas périmé ; qui peut la décider ? Est-ce le tribunal de commerce? est-ce le tribunal civil ? Soumettre la question au tribunal de commerce, ce serait l'autoriser à connaître de l'exécution d'un jugement rendu par lui, puisque, pour décider si la péremption existe ou n'existe pas, il faut décider si l'exécution a été omise ou consommée.

Or, le principe de l'art. 442, qui est un des plus importants de la procédure et de la compétence commerciale, se refuse à une pareille solution [2].

38. Quand la péremption est acquise dans ce dernier cas, c'est le *jugement*, et non pas l'*instance*, qui est périmé ; l'exploit introductif d'instance subsiste toujours et l'on peut le ressaisir pour obtenir devant le tribunal de commerce une nouvelle décision. — C'est une règle constante en jurisprudence, et admise par tous les auteurs. — *Voy*. 3e partie, chap. 3, § 1er, n° 16.

§ II.

Des incidents criminels.

SOMMAIRE.

1. Incompétence des tribunaux de commerce pour connaître des incidents ayant une teinte criminelle ou correctionnelle.
2. Troubles en audience publique. — Compétence commerciale à ce sujet. — Citations de Jousse, Rogue et Nicodème.

1. Si les lois commerciales protégent les intérêts matériels, les lois pénales concourent à les affermir, et, de plus, elles veillent au bon ordre de la société. — Dans tous les temps, dans tous les pays, on a compris qu'il importait au bien public d'entourer la justice criminelle des garanties que réclament à la fois la vie, la fortune, l'honneur des citoyens, et les nécessités de la défense des accusés. — Des formes tutélaires, une juridiction solennelle, dont l'exercice est confié à des magistrats exercés, ont imprimé à l'action de cette justice un mouvement aussi actif, aussi puissant que les besoins qu'il règle et sauvegarde.

La juridiction répressive est donc placée dans une sphère tout exceptionnelle, à laquelle ne peut atteindre aucune des juridictions qui militent parallèlement à elle.

Il est donc bien évident, et ceci n'a pas besoin de démonstrations, que lorsque des incidents empreints d'une teinte criminelle s'élèvent devant des tribunaux de commerce, ils doivent

[1] 3 avril 1844. — *Le Droit*, n° du 4 avril 1844.
[2] Dijon, 6 avril 1819 (Dalloz, 5, 423) ; — Aix, 12 mars 1825 (S.-V., 26, 2, 4) ; — Nîmes, 24 mars 1830 (S.-V., 30, 2, 378) ; — Orléans, 6 juill. 1841. *Voy*. Orillard, n° 65.

en renvoyer l'examen devant qui de droit et surseoir au jugement des affaires, dans lesquelles ils se présentent, jusqu'à ce qu'ils aient été vidés.

Ainsi est-il lorsqu'à l'occasion d'une enquête on prétend que les témoins subornés ont fait sciemment de fausses déclarations; — lorsque l'on allègue qu'une pièce, dont on excipe, a été soustraite frauduleusement, ou est entachée d'un faux, et, dans toutes les autres exceptions qui tombent, d'après la loi, dans le domaine des cours d'assises, des tribunaux de police correctionnelle et de simple police. (Art. 29 du Code d'instr. crim.)

2. Cependant, il faut que ceux qui se trouvent en présence du magistrat en fonctions sachent qu'ils doivent en respecter le caractère.— Lorsque, sur son siége, il distribue la justice, ou bien lorsqu'il se livre, hors de l'audience, aux actes d'instruction qui doivent l'éclairer, sa présence commande le silence, la modération, les égards dus à chacun en particulier, mais surtout à ceux qui sont investis d'une mission publique et sainte.

Si ce devoir était méconnu, les juges sont armés d'un pouvoir de correction qui leur permet de maintenir leur dignité.

Sous l'ordonnance de 1673, Jousse disait, en parlant des juges-consuls : « Ils peuvent mulcter et punir par amende pour irrévérence et » manque de respect commis en leur présence » et quand ils sont dans leurs fonctions : ils sont » même dans l'usage de faire payer en ce cas, » sur-le-champ et sans déport, l'amende aux » délinquants. — Voir Bouvot, au mot *Irrévé-* » *rence*, tome II. » (Jousse, titre XII, pages 343 et 344.)

Quelquefois les juges-consuls se bornaient à prendre des mesures préventives et en référaient à l'autorité supérieure.

Rogue cite un cas où les juges-consuls durent faire usage de cette prérogative. « Pour un » soufflet, donné sur la marche de la salle d'au- » dience des consuls de Bordeaux, l'audience » tenante, les consuls firent arrêter celui qui » donna le soufflet, le firent mettre en prison, » en dressèrent procès-verbal, et en firent leur » rapport à M. le président du parlement de » Bordeaux : par arrêt du 6 juillet 1714, le cou- » pable fut condamné, pour son irrévérence, à » demander pardon au roi et à la justice, et en » trois livres d'aumône pour le pain des pri- » sonniers ayant les fers aux pieds. » (Page 4, tome 1er.) — Voir aussi Nicodème, *Exercice des commerçants*, 1re partie, page 60.

§ III.

Des incidents administratifs.

SOMMAIRE.

Incompétence des juges de commerce pour connaître des incidents relatifs à des matières administratives : exemples.

Afin d'éviter les conflits, notre constitution a séparé le pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif. — De même que ce dernier pouvoir ne pourrait attirer à lui les attributions de la justice, de même la justice ne peut, empiétant sur les droits de l'administration, suspendre ou modifier les mesures à l'aide desquelles elle imprime la direction aux affaires publiques. En outre, une juridiction particulière, la juridiction administrative, a été instituée pour connaître des contestations auxquelles le gouvernement peut avoir à répondre.

Ainsi, le fournisseur ne pourra assigner devant les tribunaux ordinaires le ministre, son débiteur, pour obtenir le payement des sommes à lui dues.— Le sous-traitant ne pourra appeler l'État en garantie devant le tribunal de commerce, pour le contraindre à exécuter les clauses du marché fait avec le traitant. — Il en serait de même de l'action que le capitaine d'un navire voudrait intenter contre le maître d'un port ou d'un quai, pour raison du préjudice que les mesures prises par celui-ci ont pu lui occasionner.

Suivant les cas, ces réclamations contre l'administration seront portées soit devant les conseils de préfecture, soit devant les ministres, soit devant le roi, en son conseil d'État.

Les bornes de cet ouvrage ne nous permettent pas d'entrer plus profondément sur ce sujet : il suffit d'avoir signalé le principe général.

TROISIÈME SECTION.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, DANS SES RAPPORTS AVEC LES LETTRES DE CHANGE ET EFFETS DE COMMERCE [1].

Dans le chapitre 8, livre II de cette partie, page 181, nous avons expliqué les conditions nécessaires pour faire des lettres de change et autres effets négociables, des actes de commerce. — Nous devons en ce moment les envisager dans leurs rapports avec la compétence.

§ Ier.

De la juridiction compétente en matière de lettres de change.

SOMMAIRE.

1. Les tribunaux de commerce connaissent, entre *toutes personnes*, et quelle que soit leur qualité, des lettres de change. — Cette disposition des art. 631 et 632 est renouvelée de l'ordonnance de 1673. — Citation de Rogue et de Savary.
2. Exceptions à ce principe. — Lettres de change contenant des suppositions.
   La simple allégation d'une supposition ne suffit pas pour rendre la juridiction consulaire incompétente. — Jurisprudence.
   Dans le cas de supposition, le renvoi qui n'est pas d'ordre public, peut ne pas être prononcé d'office par le magistrat, duquel il n'est pas réclamé. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
   De même, le renvoi ne peut être demandé si les deux contestants à raison de la lettre de change imparfaite, sont commerçants et engagés pour cause commerciale. Jurisprudence.
3. Le tribunal de commerce est-il compétent pour connaître des lettres de change souscrites par des femmes ou filles non marchandes publiques? — Discussion approfondie en faveur de la négative. — Cependant, citation du texte d'un arrêt contraire de la cour de cassation. — Jurisprudence, opinion des auteurs dans les deux sens.
4. Notre opinion serait modifiée si le nom de la femme se trouvait accolé à des signatures d'individus commerçants.
5. Quant aux lettres des mineurs, comme elles sont, non-seulement simples promesses, mais encore nulles, le tribunal de commerce ne peut en connaître.
6. Division du présent paragraphe en trois articles.

1. L'expérience a depuis longtemps démontré les admirables résultats de la juridiction commerciale. Ici, point de moyens dilatoires, point de retards et peu de frais de procédure. La même audience voit naître et mourir le procès, qui reçoit sa solution dès qu'il apparaît. Les négociants ne sont pas distraits de leur commerce par la nécessité de suivre une contestation longue et dispendieuse.

Et non-seulement la justice est expéditive, mais encore elle est bonne. Soumises à des magistrats consommés dans la pratique des affaires, et qui placent les traditions de l'usage à côté du droit, à des magistrats dont l'esprit est tendu sans relâche vers les mêmes questions, les difficultés entre négociants sont mieux discutées, mieux comprises, mieux tranchées.

Cela est surtout vrai en lettres de change, qui reposent sur des principes souvent arbitraires, et dont le mécanisme, si difficile à saisir, est d'une application de tous les instants et de tous les pays.

C'est par ces motifs que les art. 631 et 632, reproduisant les termes de l'édit de 1673, qui

[1] Les développements de cette section sont, en grande partie, extraits de mon *Traité des lettres de change et effets de commerce en général*, dont ils étaient partie nécessaire.

lui-même s'était borné à enregistrer la jurisprudence universellement admise [1], déclarent que les tribunaux de commerce connaîtront, *entre toutes personnes*, *des lettres de change ou remises d'argent de place en place*.

Au surplus, le Code de commerce se montre, en cela, conséquent avec lui-même : il déclare commerçants « ceux qui exercent des actes de » commerce, et en font leur profession habituelle» (art. 1er). Puis il donne, dans son art. 631, cette qualité aux banquiers, dont la profession habituelle consiste à donner et à recevoir, sans escompte, des lettres de change. Il suit de la combinaison de ces deux dispositions, que l'émission d'une lettre de change est un véritable fait commercial, de la part de toute personne, quelle que soit sa condition.

Remarquons donc ce grand principe, qui attribue à la juridiction consulaire la connaissance des contestations nées à l'occasion de lettres de change, quelles que soient d'ailleurs la profession de ceux qui y figurent et la cause de leur origine [2].

Ce principe est si élémentaire, qu'il est inutile d'accumuler la citation des autorités qui l'appuient.

2. Il est, à ce principe, deux exceptions importantes, qui se présentent fréquemment.

Nous avons démontré que la régularité des formes pouvait cacher, au fond, de pernicieuses suppositions. Que souvent, pour attirer leurs débiteurs devant les juges commerciaux, et pour se réserver la contrainte par corps, des créanciers empruntaient à la lettre de change ses caractères particuliers, alors qu'il n'existait en réalité ni remise d'argent de place en place, ni valeur sérieusement fournie. Nous avons expliqué également que ces fraudes, lorsqu'elles sont dévoilées, sont sévèrement proscrites, et que le législateur, dépouillant le titre de son apparence mensongère, lui enlève la qualification de lettre de change, pour lui donner celle de simple promesse, d'obligation civile.

Il suit, de ces dispositions, que la connaissance de semblables engagements appartient exclusivement aux tribunaux de première instance. L'art. 636, complétant la prescription de l'article 112, le constate en ces termes : « Lorsque » les lettres de change seront réputées simples » promesses, aux termes de l'art. 112..., le tri» bunal de commerce sera tenu de renvoyer » au tribunal civil, s'il en est requis par le dé» fendeur. »

L'allégation de l'accepteur ou du tireur d'une lettre de change, qu'elle contient supposition de lieu, ne suffit pas pour rendre incompétente la juridiction commerciale ; il faut qu'une preuve positive vienne détruire la foi due au titre [3].

Observons que, dans ce cas, le renvoi n'est pas d'ordre public ; que le défendeur peut, expressément ou par son silence, renoncer à le requérir, et que les magistrats ne sont pas tenus de le prononcer d'office [4].

Observons, en outre, que ce renvoi ne peut être réclamé lorsque le demandeur et le défenseur sont tous deux commerçants. Si le juge est incompétent à raison de la nature imparfaite du titre, il se trouve valablement saisi par la qualité des parties ; cette qualité est aussi attributive de juridiction [5].

3. La seconde exception au principe de la compétence commerciale concerne les lettres souscrites ou endossées par des femmes ou filles non marchandes publiques, par des mineurs ou par des interdits.

Cependant un doute s'est élevé à ce sujet. Ce doute a pour cause la rédaction incomplète de l'art. 636 du Code de comm. Cet article déclare que les tribunaux de commerce sont tenus de renvoyer au tribunal civil, lorsque la lettre est réputée simple promesse *aux termes de l'article* 112. Comme cette disposition ne s'explique pas sur les lettres réputées simples promesses *aux termes de l'art.* 113, c'est-à-dire sur les lettres signées par des femmes ou filles non marchandes, on a été amené à conclure que le législateur avait voulu les maintenir sous la juridiction des juges consulaires.

Cette opinion, qui s'appuie avec la dernière

---

[1] Bogne, tome 1er, chap. 1er, page 16; — J. Savary, *Parfait négociant*, 1re partie, tome 1er, pages 137 et 138.

[2] Paris, 20 vent. an 13 (S.-V., 6, 2, 970); — Paris, 22 août 1810 (S.-V., 14, 2, 212).

[3] Riom, 21 nov. 1816 (S.-V., 18, 2, 8); — cass., 21 oct. 1825 (S.-V., 26, 1, 412).

[4] Trèves, 4 juill. 1812 (*Pasteristo*). — Merlin, *Addit.*, § 2, vo *Lettre de change*; — voir notre *Traité des lettres de change*, tome 1er, page 456, et à l'*Appendice*, pages 459 et 460. — Carré, *Lois de l'organ. jud.*, tome V, no 528, à la note première.

[5] Turin, 1er août 1811 (S.-V., 12, 2, 62); — Brux., 7 oct. 1811 (S.-V., 12, 2, 135); — Toulouse, 28 mars 1825 (S.-V., 25, 2, 308).

Les contestations relatives à un effet qui n'énonce pas la valeur fournie ne sont pas de la compétence des tribunaux de commerce, si d'ailleurs il ne s'agit pas d'opérations de commerce ou entre commerçants.

L'incompétence, étant à raison de la matière, peut être proposée en tout état de cause.

Il importerait peu que le billet portât la signature de négociants. (Brux., 23 mai 1835 ; *J. de Br.*, 1836, page 227.)

Si un effet réunit tous les caractères extérieurs d'une lettre de change, énonce qu'il est tiré d'un lieu où le tireur a son domicile et où la marchandise, origine de la création des billets, a été livrée, et est accepté par le tiré non commerçant de profession, il n'y a pas lieu d'admettre ce dernier, après quatre ans et un jugement par défaut qu'il a laissé prendre contre lui, à la preuve de la supposition de lieu.

Le tribunal de commerce n'en serait pas moins compétent en admettant même la supposition de lieu, s'il est constant que le tiré a acheté, pour les revendre, les marchandises qui ont donné lieu à la création des effets. (Brux., 27 avril 1833; *J. de Br.*, 1833, page 316.)

Cependant il existe, en sens contraire, un arrêt de Turin, du 15 mars 1811 (S. V., 12, 2, 74).

rigueur sur le texte de la loi, me paraît contraire au sens naturel et aux principes en matière de compétence.

De ce que l'art. 636 ordonne le renvoi dans un cas, on ne peut raisonnablement décider qu'il l'interdit dans un cas analogue. Il semble, au contraire, que là où il existe le même motif, il doit y avoir la même solution

Pourquoi cet article s'est-il contenté de parler des simples promesses *aux termes de l'art.* 112? Parce que ces lettres, souscrites par des personnes capables, et revêtues des formes extérieures, sont empreintes d'un caractère apparent de validité, qu'il faut leur enlever par une exclusion catégorique. Pourquoi l'art. 636 ne s'est-il pas occupé des simples promesses *aux termes de l'art.* 113? Parce que ces lettres, émanant de personnes incapables de créer un titre commercial, rentraient de plein droit et par la force même de l'incapacité dans la classe des engagements civils.

Il n'y a donc pas lacune dans la disposition dont s'agit, mais saine appréciation d'une distinction logique.

D'ailleurs, l'art. 636 n'existerait pas dans le Code, qu'il faudrait également prononcer le renvoi. Qu'on ne l'oublie pas en effet, mis en regard de la juridiction civile, les tribunaux de commerce sont des tribunaux exceptionnels, qui ont une sphère restreinte et une autorité limitée à deux cas seulement : ils décident, quand il s'agit de contestations entre négociants, ou bien de contestations dérivant d'un acte commercial. Hors de ces deux cas, les juges ordinaires, les magistrats de l'ordre civil, sont seuls aptes à vider le litige.

Or, dans l'espèce, retrouvons-nous l'un de ces deux cas? Évidemment non, puisque, d'une part, la femme signataire n'est point marchande publique, et que, d'autre part, l'art. 113 réduit à la condition de simple promesse les lettres de change qu'elle pourrait tenter d'émettre.

De ce retour aux principes, il faut conclure que les tribunaux civils sont seuls habiles à examiner le mérite d'une signature apposée par les femmes et filles non marchandes publiques, sur les effets de commerce.

Cette difficulté n'est point encore résolue par la jurisprudence, qui hésite entre les deux systèmes ; cependant, il faut en convenir, la cour de cassation, par deux arrêts récents, vient d'accueillir la solution contraire à celle que nous avons adoptée après un sérieux examen. — Voici le texte de sa décision dernière, qui est du 6 novembre 1843 :

« Vu les art. 113, 631 et 632 du Code de comm.;

» Attendu qu'en règle générale, et d'après les art. 631 et 632 du Code de comm., les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place ;

» Attendu qu'en exceptant de la compétence commerciale les prétendues lettres de change, auxquelles l'art. 112 refuse ce caractère, et qu'elle répute simples promesses, parce qu'elles ne proviennent pas d'une remise d'argent réellement faite de place en place, régulièrement attestée, l'art. 636, même Code, garde le silence sur les lettres de change qui, bien que provenant d'un véritable contrat de change, sont signées seulement par des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques, et ne valent, à leur égard, que comme simples promesses, en vertu de l'art. 113 ;

» Attendu qu'il résulte de ce silence que la loi n'a pas voulu déroger aux principes généraux de la compétence, ni étendre à cet article la disposition que l'art. 636 a limitée au cas de l'art. 112 ;

» Attendu, en fait, que les demanderesses en cassation ont été assignées devant le tribunal civil du Puy, tant en reconnaissance des écritures qui auraient été apposées par elles au bas de deux lettres de change, qu'en condamnation du montant desdites lettres de change, avec intérêts et frais ;

» Attendu que l'arrêt attaqué, en rejetant le déclinatoire opposé par elles, tant en première instance qu'en appel, et en confirmant la condamnation au payement des lettres de change, prononcée par le tribunal civil de première instance, a méconnu les règles de la compétence et expressément violé les lois précitées,

» Casse, etc... » (S.-V., 44, 1, 35) [1].

4. Il en serait autrement si le nom de la femme se trouvait accolé à des signatures d'individus commerçants. Dans cette position, le tribunal de commerce, tout en reconnaissant l'imperfection de la lettre vis-à-vis de la femme, retiendrait la cause à l'égard de tous, sauf à modifier les condamnations suivant la situation particulière de chacun. C'est le vœu de l'art. 637. « Lorsque des lettres de change (celles réduites à l'état de simples promesses) porteront, dit-il, des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal en connaîtra ; mais il ne pourra prononcer la contrainte par corps contre les individus non négociants. »

[1] Dans le sens de la décision ci-dessus : Limoges, 19 mai 1813 (S.-V., 16, 2, 69) ; — Aix, 22 fév. 1822 (S.-V., 23, 2, 74) ; — Montpellier, 20 janv. 1835 (S.-V., 35, 2, 336) ; — cass., 26 juin 1839 (S.-V., 39, 1, 878) ; — Merlin, *Répert.*, vº *Lettre de change*, § 3, nº 5) ; — Carré, *Lois de l'org. jud. et de la Compétence*, art. 385, 7e alinéa ; — Dalloz, tome V, page 369 ; — Devilleneuve, *Dict. du cont. comm.*, vº *Lettre de change*, nº 425.

En sens contraire : Cass., 28 avril 1819 (S.-V., 20, 1, 33) ; — Bordeaux, 11 août 1826 (S.-V., 27, 2, 121) ; — Limoges, 18 fév. 1833 (S.-V., 33, 2, 277) ; — Paris, 21 mars 1837 (S.-V., 39, 1, 879, arrêt cassé) ; — Riom, 8 avril 1840 (S.-V., 40, 2, 268, arrêt cassé). — Pardessus, nº 1348 et 1349 ; — Delv., *Inst. du droit comm.* ; — Despréaux, nº 467 ; — Orillard, nº 386. — Notre *Traité des lettres de change*, tome 1er, chap. XII, et à l'*Appendice*, quest. 249.

5. En ce qui touche les mineurs, une remarque doit être faite : relativement à eux, la juridiction consulaire est aussi, et à plus forte raison, sans pouvoirs pour statuer. Les lettres souscrites par les mineurs sont nulles, et ne valent même pas comme simples promesses. Les tiers n'ont contre eux qu'une action en restitution de ce qui a tourné à leur profit, action d'une nature essentiellement civile. — Il en est de même des interdits.

6. Après avoir ainsi posé la base sur laquelle repose toute cette section, entrons dans le détail des actions diverses qui peuvent naître de la lettre de change, et recherchons devant quels siéges elles seront portées. — Tel est le but des trois articles suivants.

ARTICLE PREMIER.

Du tribunal compétent pour connaître d'une demande en délivrance d'un deuxième exemplaire.

SOMMAIRE.

1. Perte des lettres de change : formalités pour en obtenir un second exemplaire. — Arrêt de la cour de Turin.
2. C'est le tribunal du domicile de l'endosseur, et non celui du lieu du payement, qui est compétent pour connaître de la demande en délivrance d'un second exemplaire. — Arrêt de la cour de cassation.
3. Après l'action contre l'endosseur immédiat, le porteur agit de même contre les autres endosseurs, et puis contre le tireur.

1. Lorsqu'une lettre de change est égarée, le propriétaire a le droit d'en réclamer un deuxième exemplaire. Nous avons dit, *Traité des lettres de change*, tome Ier, chapitre 3, section 1re, page 104, comment ce droit se constate et se poursuit.

Le propriétaire s'adresse à son endosseur immédiat, qui signe le nouveau titre, et qui est tenu de prêter son nom et ses soins pour agir envers son propre cédant. Et ainsi de suite, d'endosseur à endosseur jusqu'au tireur de la lettre, qui confectionne le corps du deuxième exemplaire. (Art. 154.)

Presque toujours ces formalités s'opèrent à l'amiable, et le propriétaire supporte les dépenses extraordinaires résultant de la perte de la lettre. Mais quand le propriétaire n'a pu obtenir de gré à gré, de l'un des endosseurs, les soins et l'assistance ordonnés par l'art. 154, il est obligé d'en appeler aux tribunaux; et, dans ce cas, la résistance de l'endosseur à un droit légitime met à sa charge les frais judiciaires qu'elle occasionne [1].

2. La demande formée contre l'endosseur étant une demande personnelle, fondée sur la garantie que le cédant doit à son cessionnaire, est, conformément à l'art. 59 du Code de proc. civ., portée devant le tribunal du domicile du défendeur, et non devant le tribunal du lieu où le payement doit être effectué.

Indépendamment de la loi de procédure, il est un motif qui justifierait l'attribution du litige au tribunal du domicile de l'endosseur attaqué: c'est la nature de la poursuite formée contre lui. Que réclame-t-on? Son concours et l'aide des titres qu'il peut avoir en main. Or, sur l'assignation qu'il reçoit, le défendeur, pour éviter un procès inutile, s'empressera d'obtempérer à la réclamation qui lui est faite, et cela lui sera facile si la question se débat aux lieux où se trouvent ses livres et papiers [2].

3. Après avoir fait lever l'opposition de l'endosseur, le porteur est contraint d'agir de même contre les endosseurs précédents et de saisir leurs juges naturels; car en cette matière il n'y a ni connexité ni solidarité. Contre ces derniers même la demande n'est pas formée en son nom personnel, mais seulement au nom du cessionnaire de la personne à laquelle il s'adresse : c'est en ce sens que l'art. 154 dispose que l'endosseur est tenu de prêter *son nom* au propriétaire.

Quant *aux soins* dont parle le même article, ils consistent à fournir au requérant tous les renseignements pris dans les livres, la correspondance et autres documents propres à faire découvrir avec facilité la résidence de l'individu dont la signature est nécessaire.

---

[1] Turin, 2 juill. 1813 (S.-V., 14, 2, 257).

[2] Cass., 19 mars 1812 (S.-V., 2, 11, 247). *Voy.* Despréaux, n° 253.

ARTICLE DEUXIÈME.

Du tribunal compétent pour connaître des contestations relatives au refus d'acceptation.

SOMMAIRE.

1. Le porteur, en cas de refus d'acceptation, a le droit d'assigner le tireur et les endosseurs, qui sont solidaires, devant le tribunal de l'un d'eux, à son choix.
2. Quand il a saisi le tribunal de l'un d'eux, c'est là qu'il doit, pour qu'il n'y ait pas litispendance, porter sa demande en payement, si l'échéance survient pendant que l'instance est encore pendante.

1. L'art. 120 nous a appris que, sur la notification du protêt faute d'acceptation, les endosseurs et le tireur sont respectivement tenus de donner caution pour assurer le payement de la lettre à son échéance, ou d'en effectuer le remboursement avec les frais de protêt et de rechange.

Cette disposition n'offre pas de grandes difficultés dans son exécution. En général, dès qu'ils reçoivent avis du refus du tiré, les endosseurs et le tireur s'empressent d'éviter une demande en justice qui produit un éclat fâcheux, et de fournir la caution requise ou de justifier de solvabilité notoire.

Mais si le porteur n'obtient pas satisfaction, il assigne à son choix devant le tribunal du domicile du tireur ou de l'un des endosseurs, et tous les défendeurs sont obligés de comparaître devant ce tribunal. Il y a ici violation du premier droit promis au porteur, et tous les signataires étaient garants solidaires que ce droit serait respecté.

2. Lorsque le porteur d'une lettre de change non échue demande au tireur un cautionnement provisoire, et l'assigne à cette fin devant le tribunal de son domicile, si le tireur conteste la propriété du porteur, et qu'ainsi l'instance soit engagée devant le tribunal du domicile du tireur sur la propriété de la lettre de change, le porteur ne peut, après l'échéance, assigner le tireur au lieu où la lettre de change est payable. — En ce cas il y a litispendance [1].

ARTICLE TROISIÈME.

Du tribunal compétent pour connaître des contestations dérivant du refus de payement.

SOMMAIRE.

1. C'est au lieu du payement que les diligences et poursuites doivent être faites. Chacun des obligés est présumé y avoir fait élection de domicile. — Applicabilité du § 4 de l'art. 420 du Code de proc.— Jurisprudence, opinion des auteurs.
2. Lorsqu'il a été convenu que le prix de marchandises vendues serait payable en effets de commerce, est-ce le lieu de la remise des billets ou celui du lieu où ils sont payables qui doit être considéré comme le lieu du payement? — Dissentiment entre E. Vincens et Pardessus. — La question doit être résolue par les circonstances démontrant l'intention de faire ou de ne pas faire novation. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
3. Le porteur peut également saisir le domicile de l'un des défendeurs, qui sont solidaires.
4. Le tribunal dans l'arrondissement duquel la lettre de change a été souscrite et les valeurs fournies peut-il connaître de la demande en payement?— Solution négative.—Citation de Boruler.—Discussion.—Jurisprudence, opinion des auteurs.
5. Traites tirées par l'accepteur ou par des tiers pour son compte, qui se couvre envers le tireur de la lettre de change antérieurement acceptée.—Arrêt de la cour de cassation.
6. La demande en remboursement, faite par l'accepteur contre le tireur, peut être portée au tribunal du lieu où la lettre était payable.—Jurisprudence, opinion des auteurs.
7. Actions contre le tiré : compétence à son égard. — *Quid* quand il a accepté?— Arrêt de la cour de Paris.
8. *Quid* lorsque, dans son acceptation, il a indiqué un autre lieu que son domicile pour le payement? — Jurisprudence.

[1] Cass., 19 mars 1812 (S.-V., 12, 1, 247). *Voy.* Despréaux, n° 253.

9. Cette indication nouvelle permet-elle de signifier à ce dernier domicile un exploit d'appel? — Solution négative. — Arrêt de la cour de Turin.
10. Le tiré qui n'a pas accepté peut-il être appelé, par voie de garantie, devant le tribunal où se débattent le tireur et les endosseurs? — Solution négative. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
11. Remboursement du tiré qui a payé, contre le tireur. — Option qu'il a. — Arrêt de la cour de Paris.
12. Actions de l'endosseur qui a remboursé, contre les endosseurs précédents et le tireur.
13. Lettres de change perdues. — Dispositions de l'article 151 du Code de comm. — Interprétation de ces mots : *ordonnance du juge*.
14. Actions en garantie contre le mandataire chargé de recouvrer une lettre de change. — Jurisprudence.
15. Demande en dommages-intérêts contre celui qui a dénié sa signature apposée sur une lettre de change.
16. Actions contre le donneur d'aval. — Examen des diverses espèces qui peuvent se présenter. — Jurisprudence.
17. Actions contre l'ordonnateur d'une lettre de change tirée d'ordre et pour compte d'un tiers.

1. Le lieu où le payement doit être effectué, voilà le lieu où les diligences doivent être faites à défaut de remboursement du porteur. Le tribunal de ce lieu est compétent pour connaître des actions du propriétaire de la lettre de change, car c'est dans son arrondissement que les tireur et endosseurs ont élu leur domicile relativement à cette lettre. — Nous disons *élu domicile*, cela résulte pour nous d'abord de l'ensemble et des termes de la loi, ensuite des usages commerciaux. Ces usages, toujours suivis dans la pratique, ne permettent pas de croire que le lieu où la lettre est payable soit une simple indication du lieu où les espèces seront versées : c'est plus, c'est une élection de domicile pour toutes les suites amiables ou judiciaires de la lettre de change [1].

D'ailleurs, le quatrième alinéa de l'art. 420 du Code de proc. civ. autorise le demandeur à assigner le défendeur devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué. Or, cet article contient plusieurs dispositions qui n'ont pas, à nos yeux, la même portée. L'une, celle du troisième alinéa, qui parle *de vente et de livraison de marchandises*, ne nous semble pas applicable aux lettres de change à cause de la spécialité de ces termes. L'autre, celle du quatrième paragraphe, qui s'explique sur le lieu désigné pour le payement, est conçue dans des termes si généraux, qu'elle nous paraît embrasser l'ensemble des opérations commerciales [2].

2. *Lorsqu'il a été convenu que le prix de marchandises vendues serait payable en effets de commerce, est-ce le lieu de la remise desdits effets, ou celui où ils sont payables, qui doit être considéré comme le lieu du payement.*

Cette question est examinée avec soin par E. Vincens et Pardessus. — E. Vincens pense que la lettre de change est ici une sorte de monnaie, à l'aide de laquelle est soldé le prix de la marchandise. « Sa remise, dit-il, page 164, est une sorte de novation qui substitue une dette à une autre, qui fournit même de nouveaux débiteurs, comme l'accepteur, et les tireur et endosseurs, si la lettre n'a pas été tirée par l'acheteur. » — Pardessus dit, de son côté, n° 1354, *in fine* : « Si l'acheteur a souscrit ou endossé des effets négociables, ce n'est plus dans le lieu où le prix de la vente eût été payable qu'il faudra le poursuivre, mais dans celui où le coobligé d'un effet négociable peut être assigné. »

Évidemment, dans la pensée de ce dernier auteur, la remise des effets négociables constitue une véritable novation : c'est plus que la dation du titre convenu, qui, par son extinction, produira l'extinction de la dette originaire, laquelle n'a pas cessé d'exister.

Si aucune circonstance de fait ne venait dans les diverses espèces, insinuer la volonté des parties de faire novation, nous serions disposé à accepter l'opinion contraire, par ce seul motif que la novation ne se présume pas et doit être expressément convenue. C'est donc, à nos yeux, une question de fait plutôt qu'une question de droit [3].

3. Le porteur peut également saisir les juges du domicile de l'un des défendeurs, et, comme il a le droit de citer collectivement en justice les tireur et endosseurs, ses débiteurs solidaires, comme l'art. 59 du Code de proc. civ. lui donne aussi le droit d'attirer tous les assignés devant le tribunal de l'un d'eux, ceux-ci ne peuvent soutenir qu'ils ont été distraits de leurs juges naturels et réclamer le renvoi devant le tribunal de leur domicile.

4. *Le tribunal dans l'arrondissement duquel la lettre de change a été souscrite et les valeurs four-*

[1] L'indication du lieu de payement dans un effet de commerce est, comme l'élection de domicile, attributive de juridiction et a les mêmes effets.

Ainsi l'assignation peut être donnée au domicile de la personne chez qui le payement doit être effectué. (Liége, 6 janv. 1834; *J. de Br.*, 1834, 61; Carré, n° 1511.)

[2] Cass., 4 fév. 1806 (Dalloz, 18, 349); — Brux., 30 mars 1807 (S.-V., 7, 8, 269); — Paris, 23 mars 1811 (S.-V., 11, 2, 142); — Lyon 30 août 1825; — cass., 13 janv. 1829 (S.-V., 30, 1, 160); — Bordeaux, 4 fév. 1835 (S.-V., 35, 2, 411); — Paris, 8 juill. 1836 (S.-V., 36, 2, 367). — Despréaux, n° 244; — Orillard, n° 621, — Pardessus, n° 1354; — E. Vincens, liv. II, chap. IV, n° 3, page 162.

[3] Cass., 29 janv. 1811 (S.-V., 11, 1, 142); — cass., 25 mai 1815 (S.-V., 15, 1, 396). — Despréaux, n° 239; — Dalloz, tome V, page 438; — Orillard, n° 620; — Carré, *Lois de la compét.*, quest. 551.

En sens contraire : Trèves, 14 mars 1819 (S.-V., 12, 2, 37).

nies peut-il connaître de la demande en payement de cette lettre?

On ne pourrait appuyer cette compétence que sur les termes suivants de l'art. 420 du Code de proc. civ. : « Le demandeur pourra » assigner à son choix....., devant le tribunal » dans l'arrondissement duquel la promesse a » été faite et la *marchandise* livrée. »

Déjà sous l'ordonnance de 1673, qui contenait, tit. XII, art. 17, une disposition semblable, les commentateurs ne pensaient pas que cette disposition fût applicable. Bornier dissit, page 745 : « Cela ne se doit entendre que pour le fait de marchandises, et non celui de la banque et du change; en ce dernier cas, il faut que le porteur d'une lettre de change fasse assigner l'accepteur par-devant les juges et consuls des lieux où il est domicilié, où la lettre a été tirée, et non pas par-devant les juges et consuls du lieu où le porteur est demeurant et d'où les lettres ont été tirées. »—Jousse pensait aussi que : « En matière de lettre de change, on ne peut faire assigner que par-devant le juge du domicile du débiteur, ou bien au lieu auquel le payement doit être fait. » (Page 333.)

Les termes mêmes de l'art. 420 démontrent, comme on le disait anciennement, que la règle indiquée par cet article ne saurait être applicable à la lettre de change, et que le législateur a eu seulement en vue le cas d'opérations sur des marchandises proprement dites.

Le tireur, en effet, en échange de la lettre de change qu'il donne, reçoit une valeur, qui est quelquefois une *marchandise*, mais bien plus souvent du numéraire. Cette valeur consiste, très-fréquemment encore, en règlements de comptes, en travaux exécutés, en ventes d'immeubles, ou en toute autre stipulation exclusive d'une livraison de marchandises.

Or, comme l'art. 420 parle du lieu où la *marchandise a été livrée*, il en résulte qu'il faudrait faire d'innombrables distinctions et examiner comment la valeur de la lettre a été fournie pour décider du mérite de la compétence. Ces distinctions, qui feraient place à l'arbitraire et entraîneraient des abus, expliquent la pensée de la loi et prouvent qu'elle s'est bornée à considérer les contestations dérivant de ventes ou d'autres opérations sur les marchandises proprement dites.

Il est d'autant plus juste de le décider ainsi, qu'il s'agit, après tout, d'enlever les tireur et endosseurs à leurs juges naturels, et que toute exception aux règles communes des ajournements doit être claire et formelle [1].

5. Celui qui a prié son ami d'accepter des lettres de change, tirées par lui ou par d'autres de son ordre, et qui s'est promis d'en faire les fonds à l'échéance, peut, à défaut de provision, être assigné devant les juges du lieu de payement, non-seulement à raison des lettres de change tirées par lui, mais encore à raison de celles tirées par d'autres, de son ordre [2].

6. La demande en remboursement formée par l'accepteur, à raison des traites par lui payées, peut être portée devant le tribunal de commerce du lieu où ces traites étaient payables [3].

7. *Maintenant, quelle sera la juridiction compétente pour vider les actions dont le tiré est passible?*

Cette juridiction variera suivant les modifications que subira la position du tiré.

Le tiré qui n'a pas revêtu la lettre de change de son acceptation n'est pas l'obligé du porteur. L'indication de son nom n'a pu créer un titre contre lui, et le porteur n'a aucune demande à former de son chef. Mais tout créancier peut, selon l'art. 1166, Code civ., exercer les droits et actions de son débiteur. Comme créancier du tireur, qui a donné au tiré l'ordre de payer, le porteur peut réclamer un compte sévère de l'inexécution de cet ordre.

Saisira-t-il le tribunal civil ou le tribunal de commerce?

Ici une distinction est nécessaire :

Si le tiré n'est pas négociant, ou n'a pas fait acte de commerce quand il a reçu les fonds qu'il doit au tireur, il ne peut être appelé devant la juridiction consulaire. La lettre de change qui, pour les signataires, équivaut à un fait commercial, est indifférente pour lui, qui n'a pas donné son assentiment. On exerce une action contre lui, non par suite de ce titre, mais en vertu de l'action *mandati*. On conclut à des dommages-intérêts pour défaut d'accomplissement d'une commission légitime et qu'il ne pouvait répudier.

C'est donc là une action purement civile.

Si, au contraire, le tiré est commerçant, il procède devant la juridiction commerciale, saisie à raison *de la personne*, si ce n'est à raison *de la matière*.

Lorsque le tiré, acceptant la lettre de change, est devenu partie dans ce contrat commercial, un nouvel ordre d'idées surgit. Et d'abord, il est justiciable du tribunal de commerce, non plus seulement comme tout à l'heure, à cause de la personne, mais au contraire à cause de la matière.

Puis, étant devenu obligé solidaire avec les tireur et endosseurs, il suit leur fortune et

[1] Cass., 4 oct. 1808; — Toulouse, 12 janv. 1833 (S.-V., 33, 2, 310). — Merlin, *Additions*, tome XVI, page 684; — Pardessus, *Traité du contrat de change*, tome II, n° 536. *Voy.* Orillard, n° 612.

[2] Cass., 27 mars 1812 (S.-V., 12, 1, 304). *Voy*. Despréaux, n° 111.

[3] Paris, 23 mars 1811 (S.-V., 11, 2, 142); — cass., 17 mars 1812 (Dalloz, 5, 280); — cass., 19 janv. 1814 (Dalloz, 5, 461). — Pardessus, n° 1353; — Despréaux, n° 247; — Orillard, n° 621; — Carré, *Lois de la comp.*, quest. 353.

procède devant les mêmes juges qu'eux [1].

8. L'indication faite par l'accepteur, d'un lieu de payement autre que celui qui avait été originairement déterminé, emporte, à son égard, élection de domicile et permet de le faire comparaître à la barre du tribunal du lieu choisi par lui.

L'art. 123 dit à ce sujet : « L'acceptation » d'une lettre de change payable dans un autre » lieu que celui de la résidence de l'accepteur, » indique le domicile où le payement doit être » effectué, ou les diligences faites. » Plusieurs arrêts ont consacré cette interprétation.

Ces arrêts ont également jugé que l'indication du nouveau domicile autorise l'assignation, dans les délais que comporte le domicile élu, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des délais que réclamerait le domicile réel du défendeur [2].

9. *Mais cette dérogation aux conventions premières permet-elle de signifier valablement un acte d'appel au domicile élu pour le payement?*

Le décider ainsi, ce serait, dans l'espèce, étendre les effets de l'élection de domicile au delà des limites posées par la législation et par l'intention des parties. Si cette indication de domicile a rendu son auteur justiciable d'un tribunal autre que le tribunal de son domicile, elle n'a pu avoir pour conséquence de rendre suffisantes toutes les significations, quelle que fût leur nature, faites au débiteur, hors de son véritable domicile. L'art. 123 précise la valeur de l'énonciation faite par l'accepteur ; il enseigne que cette clause détermine le lieu où le payement doit être effectué ou *les diligences faites*. Ici, les diligences ont été faites, le protêt levé, la poursuite en justice consommée, et il s'agit d'une procédure extraordinaire, entièrement indépendante des diligences prescrites au porteur.

Remarquons, en outre, que l'exploit d'appel est un de ces actes qui, selon l'art. 456 du Code de proc., doivent être dénoncés à la personne même ou à son vrai domicile, et qu'il serait contraire à tous les errements de la procédure de déroger à cette règle au moyen d'une laborieuse interprétation.

De quoi s'agit-il enfin? — D'une part, de la déclaration faite par l'accepteur ou par le tireur, que la lettre de change sera payée en tel lieu. — D'autre part, quel droit réclame-t-on? Celui de saisir la cour d'une demande en réformation d'un jugement. Or, cette demande qui a pu, dans l'origine, avoir le payement de la lettre de change pour principe, a changé la physionomie du débat : la lettre de change n'est plus qu'un moyen, l'infirmation est la fin, et dès ce moment les parties, sortant de l'exception qu'elles se sont faite, sont rentrées dans le droit commun [3].

10. On a soulevé la question de savoir si le tiré qui n'a pas accepté peut être appelé, par voie de garantie, devant le tribunal où se débattent le tireur et les endosseurs.

A l'appui de l'affirmative, on s'est emparé du septième aliéna de l'art. 59 et de l'art. 181 du Code de proc. civ., qui disposent que « ceux » qui seront assignés en garantie seront tenus » de procéder devant le tribunal où la demande » originaire sera pendante, encore qu'ils dénient » être garants. »

Cette doctrine a été repoussée par les décisions presque unanimes de la jurisprudence : les cours ont compris que ces dispositions ne pouvaient s'étendre aux lettres de change, qui forment une exception dans la matière, exceptionnelle aussi, des actes de commerce; que cette prétention avait pour but de distraire le tiré de ses juges naturels, et que la fraude serait trop facilement pratiquée, si, au moyen d'un concert avec le porteur, le tireur amenait devant tes juges de son domicile le tiré qui n'a contracté aucun engagement [4].

11. Le tiré qui accepte à découvert est, néanmoins, contraint de désintéresser le porteur. Il se doit à sa signature, quoique le tireur ne lui ait pas envoyé la provision. Quand il a été forcé de sortir des fonds de sa propre caisse pour acquitter la disposition agréée par lui, il a un recours naturel à exercer contre son mandant, qui a laissé sa traite en souffrance.

Pour exercer ce recours, il a le choix d'assigner, ou au tribunal du domicile du tireur, ou, conformément à l'art. 420, déjà cité, au tribunal du lieu où le payement devait être effectué [5].

12. L'endosseur, qui est subrogé aux droits du porteur, au moyen du remboursement, jouit de

[1] Paris, 14 sept. 1808 (S.-V., 14, 2, 177).

[2] Cass., 4 fév. 1808 (S.-V., 8, 1, 153): — Paris, 2 juin 1812 (S.-V., 12, 2, 345); — cass., 13 janv. 1829 (S.-V., 30, 1, 160) : — Bordeaux, 4 fév. 1835 (S.-V., 35, 2, 411): — Paris, 8 juill. 1836 (S.-V., 36, 2, 367). *Voy* Despréaux, n° 246)

[3] Turin, 29 nov. 1809 et 8 janv. 1810 (S.-V., 14, 2, 392).

[4] Trib de cass, 11 thermidor an 8 (S.-V., 1, 2, 656): — trib. de cass, 22 frim. an 9 (S.-V., 1, 2, 656); — Angers, 3 janv. 1810 (S.-V., 14, 2, 199); — cass., 12 fév. 1811 (S.-V., 11, 1, 256); — cass., 17 juin 1817 (S.-V., 17, 1, 299); — Colmar, 14 mars 1832 (Horson, quest. 200; — cass., 15 nov. 1826 (S.-V., 27, 1, 301); — — cass., 5 avril 1837 (S.-V., 37, 1, 291); — Limoges, 19 mai 1840. — Carré, *Lois de l'org. jud.*; — Merlin, *Quest.*, v° *Lettre de change*, § 4; — Horson, quest. 200 et 208, pages 437 et 463; — Despréaux, n° 254 et 111; — Orillard, n° 604; — voir notre *Traité des lettres de change*, tome 1er, pages 467 et suiv., et à l'*Appendice*, page 471.

Celui qui n'a ni créé, ni endossé, ni accepté une lettre de change, ne peut être distrait de son juge naturel, sous le prétexte qu'il en doit le montant, ni être assigné en garantie par le tireur devant le juge de son propre domicile. (Liége, 3 mars 1836, *J. de Br.*, 1837, page 52. *Voy*, dans ce sens, Dalloz, tome V, page 444; et, en sens contraire, Brux., 28 nov. 1828, et 29 août 1826, *Jurisp. du XIX° s.* 1827, pages 61, et 1829, page 29. *J. de Br.*, 1826, tome II, page 186.

[5] Paris, 23 mars 1811 (S.-V., 11, 2, 142). *Voy.* Orillard, n° 621.

la même faculté à l'égard des endosseurs précédents et du tireur.

Aussi longtemps qu'est pendante l'action en remboursement formee contre lui, il peut, par voie de garantie, attirer ses obligés aux lieux où il procède, il peut conclure contre ceux qu'il trouve aux procès; mais sitôt que la demande primitive est jugée, il ne peut plus traduire les garants devant le tribunal antécedemment saisi, il faut qu'il agisse par action principale.

13. Il arrive parfois que la lettre de change est égarée : celui qui en est propriétaire légitime ne peut, dit l'art. 151, en exiger le payement et ne l'obtenir que par ordonnance du juge, en justifiant de sa propriété par ses livres, et en donnant caution.

Que signifient ces mots : *par ordonnance du juge?* Faut-il les appliquer à une ordonnance de référé? — La raison de douter est, comme le remarque Pardessus, que la loi se sert du mot singulier *du juge*, de celui d'*ordonnance*, destinés à qualifier les actes individuels que le président fait, dans certains cas, plutôt que les actes d'un tribunal entier, que les lois nomment *jugements*. (*Traité du contrat de change*, tome II, part. 3, chap. 1er, sect. 1re, nº 546, page 151.)

La confusion, qui aurait pu s'établir, vient de ce que le législateur de 1807 a maladroitement copié l'art. 19 de l'édit de 1673. Cet art. 19 employait aussi les expressions *ordonnance du juge*; mais elles étaient appropriées aux institutions qui existaient à cette epoque. On sait que le nom de *tribunal de commerce* n'était pas connu, et qu'il etait suppléé par celui de *juge-consulaire*. L'usage et les commentateurs ne laissaient aucun doute sur la portée de l'édit. Ainsi nous lisons dans Jousse (note sous l'article 19, page 177) : ... « *par ordonnance du juge*, obtenue sur une requête présentée, à cet effet, en *la juridiction consulaire* du lieu où la lettre de change est payable, ou, à défaut, présentée au juge ordinaire. Le juge, sur cette requête, doit ordonner qu'elle sera communiquée à celui sur qui la seconde lettre de change a été fournie, afin qu'il soit entendu, et s'il n'a point de moyens suffisants pour se dispenser de payer, le juge rendra *la sentence* par laquelle il le condamnera à payer la somme mentionnée en la lettre, en donnant, par le porteur de cette seconde lettre, bonne et suffisante caution de garantir le payement qui sera fait. »

Depuis lors, une nouvelle organisation a été donnée à la justice : de nouveaux noms ont remplacé les anciens : s'il n'y a plus de *juge et consuls*, il y a un *tribunal de commerce*, et l'on aurait dû, lors de la rédaction du Code de commerce, tenir compte de ces changements.

Quoi qu'il en soit, l'usage tranche la difficulté que l'art. 15 pourrait faire naître, et c'est toujours au tribunal de commerce que s'adresse le propriétaire de la lettre égarée.

Ainsi que le dit Jousse, c'est aux juges du lieu où la lettre est payable que la réclamation est portée : c'est encore à ceux du lieu où l'on présente la caution responsable de la validité du payement.

14. Si le tiré qui n'a ni accepté ni endossé la lettre de change ne peut être appelé devant le tribunal saisi à l'égard des tireur et endosseurs, il en est autrement de l'individu qui, chargé du mandat de recouvrer la lettre, a négligé les diligences que la prudence lui commandait. Ce dernier se trouve dans la catégorie des garants que les art. 59 et 181, Code de proc., impliquent dans le procès principal, et il ne peut décliner la compétence du tribunal chargé de prononcer sur ce procès [1].

15. L'art. 213 du Code de proc. civ., qui permet de condamner à des dommages-intérêts celui qui a dénié son écriture et sa signature, est applicable à la lettre de change, et cette condamnation peut être prononcée par le tribunal civil, qui a ordonné la vérification [2].

16. Le principal effet des cautionnements par aval est que celui qui le souscrit s'engage commercialement et solidairement. Devenu partie dans la négociation de la lettre de change, il se rend personnelles les obligations qu'elle engendre, il accepte leurs conséquences, et, comme sanction de leur exécution, il aliène sa liberté en se soumettant à la contrainte par corps.

Par l'aval, on contracte envers le créancier de la personne que l'on cautionne, et à laquelle on s'assimile, toutes les obligations à la charge de cette personne.

Il en résulte qu'un non-commerçant, lui-même, est toujours attiré devant la juridiction commerciale, quand il s'agit d'une lettre de change. — Quand c'est sur un billet à ordre que l'aval est apposé, il devient nécessaire de consulter la nature et la cause du billet, et de suivre toutes les distinctions que la loi établit entre la lettre de change et le billet à ordre.

Des obligations du donneur d'aval naît une action qui a des ramifications plus ou moins étendues, suivant l'endroit où l'aval est placé. S'il est mis au bas de la signature du tireur, il y a présomption que le donneur d'aval a entendu le cautionner : et, comme le tireur est en dernière analyse le débiteur des preneurs, endosseurs, porteur ou accepteur, dans ce cas, le bénéfice de l'action appartient à tous ces intervenants au titre.

Alors le porteur n'est déchu vis-à-vis du donneur d'aval qu'à la charge par celui-ci de justifier (comme le tireur devrait le faire, art. 170), que

[1] Cass., 16 nov. 1826 (S.-V., 27, 1, 304).
Cependant, en sens contraire : cass., 17 juin 1847 (S.-V., 47, 1, 309).

[2] Paris, 24 nov. 1842 (S.-V., 44, 2, 336).

les fonds étaient, à l'échéance, entre les mains du tiré.

Quand l'aval est au bas de l'acceptation, il vaut garantie de tous les obligés, et, dans cette hypothèse, le donneur d'aval ne peut, ainsi que l'accepteur, invoquer que la prescription de cinq ans. Il n'y a point de déchéance contre le porteur pour défaut de diligences.

Mais si l'aval se trouve sous un endossement, il n'y a action qu'au profit des endosseurs postérieurs, et les cédants antérieurs se trouvent, au contraire, par la subrogation légale, débiteurs du donneur d'aval qui a remboursé le porteur. En pareil cas, le porteur ne conserve son recours contre le donneur d'aval qu'à la charge d'accomplir les formalités prescrites dans les délais établis à l'égard des endosseurs.

Les obligations du donneur d'aval ne vont pas plus loin, et cela est naturel, que celles des tireur et endosseurs : simple caution, il doit être libéré quand le sont les débiteurs principaux. Par exemple, le donneur d'aval profite de la déchéance acquise aux tireur et endosseurs, faute par le porteur d'avoir fait le protêt en temps utile. C'est ce que décide l'art. 2036, § 1er, Code civ. : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. » C'est aussi ce qui ressort de l'art. 144, Code de comm., ainsi conçu : « Le donneur d'aval est tenu solidairement, et *par les mêmes voies* que les tireur et endosseurs. »

L'art. 2023 du Code civ. est également applicable à l'aval. « Le cautionnement, dit cette disposition, ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

» Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses.

» Ce cautionnement, qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. »

Jusqu'ici nous n'avons parlé que des effets de l'aval contre la personne qui l'a souscrit. Il est temps de faire connaître ses droits : ils sont conservés par les art. 2028, 2029 et 2030 du Code civ., qui sont suffisamment clairs et qui s'expriment en ces termes :

« Art. 2028. La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

» Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais : néanmoins la caution n'a de recours, pour les frais par elle faits, que depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

» Elle a aussi recours pour les dommages-intérêts s'il y a lieu.

» Art. 2029. La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

» Art. 2030. Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé. »

Tous les signataires de la lettre sont tenus de deux obligations principales : de procurer l'acceptation, de faire payer. Comme le donneur d'aval est tenu de la même manière, son obligation a rapport également à ce double résultat, et il n'est pas libéré lorsque par ses soins l'acceptation intervient.

On s'est demandé si l'aval appartient de droit au porteur, au moyen d'un endossement pur et simple, et si la personne qui l'a signé est obligée envers lui par la force même de cet endossement.

Je pense qu'il faut distinguer, tenir compte de la forme de l'aval, et des termes dans lesquels il est conçu.

Si l'aval a été mis sur la lettre elle-même, il s'incorpore à elle, participe à ses engagements, à son mode de transmission, et suit sa destinée. Le porteur a fait foi sur lui, et ne peut être victime de sa confiance.

Si au contraire l'aval est fait par acte séparé, il devient indispensable de consulter l'intention des parties. Souvent, par considération pour une personne avec laquelle on est en relation, on est disposé à un sacrifice que l'on ne ferait pas au profit d'un tiers : afin de compléter ses garanties, on lui écrit, on se porte caution solidaire du débiteur, et l'on assume une responsabilité en quelque sorte confidentielle. Dans cette hypothèse, transmettre l'aval au porteur de la lettre, c'est méconnaître la volonté du contractant, rendre sa condition pire, et substituer au créancier de son choix un créancier malveillant peut-être.

Quand l'aval a déclaré cautionner le payement de la lettre seulement en faveur d'une personne déterminée, la position de son auteur est plus favorable encore ; il a eu soin de tracer la ligne de démarcation et de constituer deux actes distincts : l'un, la lettre de change, est resté ostensible, négociable ; l'autre, l'aval, a été formé dans un esprit de spécialité et de secret. Le porteur n'a point traité en vue de ce surcroît de garantie dont il ignorait l'existence ; l'aval n'est point transporté par le seul fait de la cession de la lettre, et il me paraît juste de restreindre ses effets.

Lorsque des difficultés s'élèvent sur la question de savoir si un cautionnement constitue ou ne constitue pas un aval, les tribunaux de commerce et les cours royales sont appréciateurs souverains de ces difficultés, qui résident dans

la constatation d'un fait, et lenr décision n'encourt pas la censure de la cour de cassation [1].

Pourtant il ne faudrait pas pousser ce principe à l'extrême. Sans doute, la cour régulatrice ne peut recbercher le point de fait ; mais quand le point de fait est constant, et qu'une fausse qualification lui a été appliquée ; quand l'appréciation des caractères constitutifs d'un contrat en dénature l'essence, et viole ouvertement les prescriptions de la loi, les magistrats supérieurs ne sont pas liés par une interprétation erronée, et ils ont le droit de rectifier la qualification illégalement donnée [2].

17. La position de l'*ordonnateur* pour le compte duquel une lettre de change a été créée, a été pour nous l'occasion d'un examen approfondi, dans notre *Traité des lettres de change*, tome Ier, liv. III, chap. 2, pages 104 et suiv. — Pour les développements, nous renvoyons à cet ouvrage.

Il nous snffira de dire ici que l'ordonnateur est justiciable des tribunaux de commerce, lorsqu'il avoue avoir donné le mandat de souscrire des lettres de change pour son compte. — Dans ce cas, il est censé avoir agi personnellement, car il a agi par l'intermédiaire de son mandataire.

Mais lorsqu'il dénie le mandat, il nous paraît indispensable de faire une distinction. — A l'égard du commerçant, le tribunal de commerce, valablement saisi à raison de sa qualité, recbercbera si l'ordre fut par lui donné, ou bien s'il n'a existé que dans l'imagination du demandeur. — A l'égard du non-commerçant, comme il n'y aura attribution ni par un acte de commerce positif et prouvé, ni par la qualité de la personne, la juridiction consulaire ne pourra vider ce débat préliminaire.

§ II.

De la juridiction compétente en matière de billets à ordre.

SOMMAIRE.

1. Si le billet à ordre est souscrit par un commerçant, il est réputé commercial, à moins de cause étrangère au commerce. — Si, au contraire, il est souscrit par un simple particulier, il est présumé purement civil, alors même qu'il énoncerait pour cause, *valeur en operation de commerce*. — Arrêt de la cour de Bastia. — Motifs de cette disposition de l'art. 636 du Code de comm.
2. Billets à ordre dans lesquels le commerçant a indiqué une cause étrangère à son commerce.
3. Exceptions aux deux régles ci-dessus analysées.

   Le non-commerçant peut-il être traduit devant le tribunal de commerce, en vertu de l'art. 637 du Code de comm., lorsque les signataires commerçants sont sans intérêt au débat ou ne sont pas assignés? — Indication des arrêts dans les deux sens. — Texte d'un arrêt de la cour d'Amiens, qui enseigne avec raison l'affirmative.
4. Espèces dans lesquelles le commerçant peut être assigné devant le tribunal civil pour billets à ordre. — Jurisprudence.

5 et 6. Effets généraux des jugements pour billets à ordre, soit contre les commerçants, soit contre les simples particuliers.

7. Fausses indications dans la valeur des billets à ordre, et leurs conséquences.
8. Renvoi aux pages 190 à 195 de ce volume, pour ce qui concerne les billets à domicile et mandats.

1. Le billet à ordre est envisagé par le Code de comm., sous un double aspect : il participe du caractère commercial et du caractère civil ; il se mélange de deux natures d'engagements, dont l'une a pour sanction les biens seulement, et l'autre les biens et la liberté à la fois.

Cette importante observation contient le principe général de la compétence en matière de billets à ordre.

Si le titre litigieux est émané d'un individu étranger au commerce, la présomption légale veut que ce titre soit considéré comme une simple obligation civile. Peu importerait qu'il fût conçu *valeur en marchandises*.

Cette énonciation, ni aucune autre semblable, ne suffirait pour constituer un acte de commerce. Pour que cet acte existe, il faut recbercber le fait en lui-même, sans s'arrêter aux stipulations d'une convention qui a pu être concertée pour éluder la loi.

Cette nécessité est si rigourcuse, que nous trouvons même dans S.-V., 33, 2, 246, un arrêt

---

[1] Cass., 9 floréal an 10 (S.-V., 2, 2, 441) ; — cass., 14 thermidor an 11 (S.-V., 2. 1, 17) ; — Paris, 25 mai 1807 (S.-V., 7, 2, 799) ; — cass., 30 mars 1849 (S.-V., 49, 1, 345) ; — cass., 12 avril 1834. *Voy.* Orillard, n° 231.

[2] Cass., 26 juill. 1823 (S.-V., 23, 1, 378).

de la cour de Bastia, qui a décidé, le 29 janvier 1833, qu'un billet causé, *per una mia operazione di commercio*, ne pouvait avoir la force d'attirer devant la juridiction consulaire le souscripteur non négociant, et qu'il était indispensable, pour que l'effet empruntât le caractère commercial, que les fonds destinés à une opération de trafic eussent reçu cette destination.

Cette solution, qui, au premier aspect, paraît d'une excessive sévérité, est conforme à la pensée du législateur. Si l'opinion contraire prévalait, si l'indication de la valeur faisait foi par elle-même, que de fausses suppositions se glisseraient dans les billets à ordre! Ces prêteurs complaisants, qui subviennent avec tant de hâte aux prodigalités des fils de famille, dont la fortune à venir est une sécurité pour le présent, au lieu d'employer la forme des lettres de change, qui exigent tant de conditions, dont la simulation peut être démontrée, se feraient faire des billets causés *pour opération de commerce*. Ils assureraient ainsi le bénéfice que donne leur honteux trafic.

Tel est au surplus le vœu de l'art. 636, dans lequel on lit : « Lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants, et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur. »

2. Si le billet à ordre a été créé par un négociant, la règle immédiatement opposée prévaut. L'art. 638 le déclare : « Néanmoins les billets souscrits par un commerçant *seront censés faits pour son commerce*, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics seront censés faits pour leur gestion, *lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée*. »

Ainsi, pour que le négociant échappe à la juridiction consulaire, il sera tenu de prouver qu'une cause exclusive de son commerce a été mentionnée dans ses billets. Il ne serait pas habile à soutenir que son engagement est purement civil par cela seul qu'il l'aurait souscrit à l'ordre de particuliers non commerçants.

3. Ces règles ne sont pas sans exception. — D'une part, des souscripteurs non négociants sont attirés devant le tribunal de commerce, pour billets à ordre au moyen desquels ils ont acquitté une dette ordinaire. — D'autre part, des négociants peuvent être traduits devant le tribunal civil à l'occasion de billets souscrits par eux.

La première hypothèse se réalise lorsque la signature du non-négociant se trouve accolée à des signatures d'individus justiciables du tribunal de commerce. L'art. 637 dit à ce sujet : « Lorsque ces billets à ordre porteront en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaîtra ; mais il ne pourra prononcer la contrainte par corps contre les individus non négociants, à moins qu'ils ne soient engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. »

Dans l'application de cet article, une question grave a divisé et divise encore les cours royales. On s'est demandé si le tribunal de commerce est compétent pour statuer quand les poursuites sont dirigées contre un non-négociant à raison de billets à ordre sur lesquels figure la signature de négociants, *qui sont libérés, ou qui ne sont pas en cause*.

Pour la négative, on a recherché quels motifs avaient dicté la disposition de l'art. 637. On a pensé qu'elle avait eu pour but l'intérêt du commerce et la nécessité d'empêcher deux juridictions d'apprécier le même acte ; qu'appelé dans une instance, commerciale vis-à-vis de certains défendeurs, le simple particulier devait en quelque sorte y figurer à titre de garant ; qu'il était utile de l'enlever à ses juges naturels lorsqu'un procès était soumis à des juges déjà saisis ; mais que cette mesure devenait arbitraire lorsque le particulier figurant seul dans le procès, ce motif n'existait pas.

Les cours de Colmar, 23 mars 1814 (S.-V., 16, 2, 92); — de Limoges, 30 déc. 1825 (S.-V., 27, 2, 52); — de Bordeaux, 19 nov. 1827 (S.-V., 28, 2, 72); — de Paris, 19 sept. 1829 (S.-V., 29, 2, 26); — 19 nov. 1831 (S.-V., 31, 2, 306); — de Bastia, 4 janv. 1832 (S.-V., 32, 2, 635); — et de Paris, 17 fév. 1844. (*Le Droit*, nº du 23 fév. 1844), ont adopté cette opinion [1].

Les arguments au soutien de l'affirmative ont été résumés avec beaucoup de force par la cour d'Amiens, dans son arrêt du 7 mars 1837, dont suit le texte (S.-V., 37, 2, 399) :

« Attendu que le premier billet souscrit le 1er août 1835, par la demoiselle Vallée, non commerçante, à l'ordre de son frère, également non commerçant, quoique causé *valeur échangée*, ne pouvait, à cette époque, être considéré comme un effet de commerce; mais que ce billet s'étant trouvé, à son échéance, revêtu de la signature de quatre individus commerçants, avait acquis un caractère commercial, et que dès lors, on a pu, conformément à l'art. 637 du Code de comm., assigner devant le tribunal de commerce pour en obtenir le payement; — Qu'en effet, aux termes de cet article, les tribunaux de commerce doivent connaître des billets à ordre portant à la fois des signatures d'individus négociants et non négociants; que cette disposition, conçue en termes généraux, attribue aux tribunaux de commerce, par opposition au cas prévu par l'art. 636 dudit Code, la connaissance de tous effets qui, étant revêtus d'une forme commerciale, sont susceptibles d'en con-

[1] *Voy.* Brux., 13 déc. 1838 et 1er fév. 1840. *J. de Br.*, 1839, page 126, et 1840, page 455; Despréaux, nº 499; Horson, *quest.*, nº 204; Pardessus, nº 1349.

server d'une manière immuable le privilége;

» Que, dès lors, il est indifférent que l'individu non négociant, signataire du billet, soit seul actionné en payement, parce que cette circonstance n'est pas de nature à anéantir la juridiction commerciale irrévocablement acquise par le fait de la signature d'individus négociants;

» Qu'il faut reconnaître que cet individu a accepté d'avance cette juridiction, lorsque, pour satisfaire à une obligation purement civile, il a eu recours aux formes commerciales, et notamment au billet à ordre, parce qu'en le souscrivant il s'est soumis aux conséquences qui pourraient en résulter, si son billet, mis en circulation, se trouvait ensuite revêtu de la signature d'individus négociants;

» La cour dit qu'il a été compétemment jugé, etc. »

Les cours de Caen, 10 avril 1815 (S.-V., 16, 2, 368); — de Bourges, 6 août 1825 (S.-V., 26, 2, 209); — de Montpellier, 25 fév. 1831 (S.-V., 31, 2, 213); — de Bordeaux, 17 janv. 1832 (S.-V., 32, 2, 276); — de Grenoble, 7 fév. 1832 (S.-V., 32, 2, 402) et de Paris, 25 nov. 1834 (S.-V., 35, 2, 104) se sont rangées à cette doctrine, qui nous paraît conforme aux principes (*voy.* Orillard, n° 433) [1].

4. Les négociants eux-mêmes, et c'est la deuxième hypothèse que nous posions dans le numéro précédent, doivent procéder devant le tribunal de première instance quand leurs billets à ordre, n'étant pas réguliers, sont réputés simples promesses. Par exemple, toutes les fois qu'un billet, dans lequel la mention de *l'ordre* n'était pas spécifiée, a été présenté aux tribunaux de commerce, ils se sont déclarés incompétents, lorsque d'ailleurs ils n'étaient pas saisis à raison de la personne, c'est-à-dire lorsque la contestation ne s'agitait pas entre deux commerçants. Il en est de même lorsque le souscripteur ne s'oblige que sous une condition suspensive, car l'une des conditions irritantes des billets à ordre, c'est d'avoir une échéance fixe et d'être irrévocables des leur création. Dans ce cas, les formalités prescrites par la loi exceptionnelle ayant été méconnues, on retombe sous l'appui de la loi et de la juridiction communes [2].

5. En général, l'étendue des effets des billets à ordre est déterminée par la nature du tribunal saisi. Les juges de commerce, ne statuant que sur des actions produites par des actes commerciaux, sont autorisés à assurer l'exécution de leurs sentences en leur donnant la sanction de la contrainte par corps : les juges civils, par le motif contraire, ne peuvent accorder l'exécution que par les voies de droit. Il suit de là que les billets à ordre emportent la contrainte par corps, quand la condamnation est prononcée par les magistrats consulaires, parce qu'ils sont présumés avoir eu pour cause une opération de trafic, change, banque ou courtage; et qu'ils n'entraînent que la saisie mobilière ou immobilière, quand la poursuite a lieu en vertu d'un jugement du tribunal civil.

6. Cette règle comporte une double exception. Dans quelques cas particuliers, le tribunal de commerce ne prononce pas la contrainte par corps, et le tribunal de première instance l'accorde.

Le tribunal de commerce refuse la contrainte, lorsque l'individu non négociant qui n'a pas fait opération commerciale est attiré à sa barre par la signature de coobligés négociants. C'est l'espèce prévue par l'art. 637.

Le tribunal de première instance prononcerait la contrainte dans les circonstances suivantes : Un créancier forme une saisie arrêt pour avoir sûreté de billets souscrits pour actes de commerce; le débiteur demande la mainlevée de cette saisie. La juridiction civile est seule compétente pour connaître d'une semblable contestation, qui a des forme rigoureuses, tracées par le Code de procédure civile, et exclusives de la juridiction commerciale. Pour justifier son opposition, le créancier exhibe ses billets, et reconventionnellement demande la validité de son opposition, et la condamnation par corps du montant desdits effets. Cette dernière demande, étant née de la demande en mainlevée, à laquelle elle est connexe, suit le sort de celle-ci, doit être vidée par un seul et même jugement, et confère aux tribunaux ordinaires un pouvoir plus étendu que celui dont ils sont investis d'habitude.

7. Souvent des créanciers abusent de l'inexpérience ou des passions de leur débiteur et l'incitent à aliéner sa liberté malgré les prescriptions de la loi. De semblables stipulations, contraires à la morale, ont de tout temps été frappées de réprobation : Rogue (tome Ier, chap. 19, n° 5, page 203) dit : « On ne peut s'obliger par corps pour chose qui n'y est pas sujette. » — L'article 2063 du Code civ., contenant ce salutaire principe, renouvelle ainsi la prohibition :

« Hors les cas déterminés par les articles précédents, ou qui pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, il est défendu, à tous les juges de prononcer contrainte par corps, à tous notaires et greffiers de recevoir des actes dans lesquels elle serait stipulée, et à tout Français de

[1] La disposition de l'art. 637 du Code de comm. est générale; pour que le tribunal de commerce soit compétent, il n'est pas nécessaire que les signataires négociants et non négociants des billets dont il parle se trouvent assignés simultanément. (Brux., cass., 25 juin 1840; *J. de Br.*, 1841, p. 168, et Brux., 8 nov. 1843; *J. de Br.*, 1843, page 563. *Voy.* Brux., 29 nov. 1844, Carré, *Lois de la comp.*, n° 532; Vincens, *Lég. comm.*; tome Ier, page 138; Delvincourt, *Instit. comm.*, page 370.

[2] Cass., 6 août 1811 (S.-V., 11, 1, 341); — Turin, 13 mars 1811 (S.-V., 12, 2, 74); — Trèves, 1er fév. 1812 (S.-V., 16, 2, 103); — Alom, 6 mai 1817 (S.-V., 17, 2, 127); — Toulouse, 17 nov. 1824 (S.-V., 29, 2, 117); — Metz, 18 janv. 1833 (S.-V., 44, 2, 560).

consentir à de pareils actes, encore qu'ils aient été passés en pays étranger; le tout à peine de nullité, dépens, dommages et intérêts. »

Les magistrats, observateurs vigilants de la loi, doivent veiller à ce que les contractants ne puissent, au moyen de suppositions mensongères, surmonter les obstacles qu'elle oppose à la mauvaise foi ou à l'erreur. Par conséquent, ils refuseront la contrainte par corps, si le débiteur d'un billet à ordre a faussement été qualifié de marchand.

Néanmoins, cette qualification ayant pu tromper le porteur du billet, et les parties pouvant faire toutes conventions relatives à la compétence, celui de qui elle émane pourrait être attiré devant la juridiction commerciale et condamné à des dommages-intérêts, s'il était prouvé qu'il l'a sciemment énoncée.

8. En traitant du caractère des actes de commerce, liv. II, chap. 8, 3e et 4e sections, pages 190 à 195, nous avons parlé des billets à domicile et autres effets de commerce : pour éviter les redites, nous prions nos lecteurs de s'y reporter.

QUATRIÈME SECTION.

De la compétence des tribunaux de commerce dans ses rapports avec des sociétés commerciales.

SOMMAIRE.

1. Importance des dispositions de la loi, qui régissent les sociétés commerciales. — Nécessité d'esquisser à grands traits les principes généraux de cette matière.
2. Dispositions des articles 18, 19 et 47 du Code de commerce.
3. Caractères légaux. — Effets de la commercialité des sociétés : 1° sociétés en nom collectif; 2° sociétés en commandite; 3° sociétés anonymes; 4° sociétés en participation.
4. Formes, preuves de ces diverses sociétés.
5. Règles relatives à leur continuation, modification ou dissolution.
6. Doit-on nécessairement, et abstraction faite de son objet, déclarer commerciale la société qui est constituée en nom collectif, ou sous forme de commandite? — Citation de deux arrêts de la cour de cassation et de la cour de Paris pour la négative. — Solution contraire : renvoi pour les développements à la section suivante.
7. Dans les sociétés commerciales, comme dans les opérations des simples commerçants, tout n'est pas commercial. — Les actes civils échappent à la juridiction consulaire.
8. Incompétence des tribunaux de commerce relativement aux contestations sociales. — Utilité et but de l'arbitrage forcé. — Citation de Jousse. — Art. 51 du Code de comm.

9 et 10. Pour qu'il y ait lieu à arbitrage forcé, il faut le concours de deux circonstances : dissension *entre associés*, et pour *raison de la société*. — Exemples. — Jurisprudence.

11. Quelquefois les associés sont des tiers envers la société, et, dans ce cas, ne suivent pas la juridiction arbitrale. — Jurisprudence.
12. L'arbitrage forcé doit être lié, même quand l'un des associés tombe en faillite. — Jurisprudence.
13. De même, quand l'un des associés est mineur.
14. Nullité des sociétés contractées sans écrit ou sans accomplissement des formalités prescrites par les articles 42 et suiv. du Code de comm.

    Cette nullité n'est pas tellement absolue, entre les associés, que le fait de la société disparaisse pour le *passé* : elle est principalement admise pour l'*avenir*. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Citations de Troplong et Delangle.
15. L'arbitrage est-il forcé pour les associations en participation? — Dissentiment avec E. Vincens. — Solution affirmative. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
16. L'incompétence des tribunaux de commerce, à raison des contestations sociales, est-elle absolue? — Solution affirmative. — Discussion approfondie et retour vers l'ancienne législation. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
17. Cependant l'incompétence ne peut être proposée, pour la première fois, comme moyen de cassation. — Arrêt de la cour de cassation.
18. En cas de connexité avec des affaires de leur compétence, les tribunaux de commerce peuvent statuer sur des contestations sociales.
19. Les tribunaux civils peuvent juger les affaires de sociétés, si l'incompétence n'est pas soulevée. — Renvoi, pour les motifs, à la première section de ce chapitre. — Citation du texte d'un arrêt de la cour de cassation.
20. Les arbitres-juges, substitués aux juges consulaires, ne peuvent, comme ces derniers, connaître de l'exécution de leurs sentences. — Leur décision rendue, leur juridiction est épuisée. — Arrêt de la cour de cassation.
21. Nullité de la société.

Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des demandes en *nullité* des sociétés. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

22. Cependant ils ne peuvent, lors d'une demande en nomination d'arbitres juges, soulever d'office cette question de nullité. — Arrêt de la cour de Bordeaux.

23. Les demandes *en dissolution* de société ne sont pas de la compétence consulaire. — Leur solution appartient aux arbitres. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

24 à 26. Il en est de même des contestations relatives à la liquidation, tant que cette liquidation n'a pas été définitivement réglée. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

27. Nomination des arbitres juges. — Dispositions de l'art. 55 du Code de comm. — Si un des associés refuse de nommer son arbitre, le tribunal en nomme un pour lui, en donnant acte de la désignation faite par les autres associés. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Citation de la discussion au tribunat, en 1807. — Texte de l'ordonnance de 1673.

28 et 29. Espèces où plusieurs associés ont le même intérêt.

30. Le choix d'un arbitre incapable équivaut à un refus de nomination.

31. Les jugements par défaut qui désignent des arbitres sont, comme les autres jugements par défaut, susceptibles d'opposition. — Cette opposition n'est plus recevable après l'exécution desdits jugements.

Quand doit-on réputer ces jugements exécutés? — Question grave. — Discussion approfondie. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Citation d'un jugement du tribunal de commerce de Paris.

32. Espèces où les actes de sociétés contiennent des conventions particulières sur le mode de nomination des arbitres.

33. Prorogation des pouvoirs des arbitres.

Le tribunal de commerce peut-il, sur la demande de l'une des parties, et sur l'opposition de l'autre, proroger le délai imparti aux arbitres pour rendre leur sentence, alors que leurs pouvoirs ne sont pas encore expirés? — Solution négative admise par Pardessus. — Solution contraire enseignée par Locré. — Adhésions de Toullier, Carré, Berryer père, Fournel et Dupin aîné à ce dernier système, que recommandaient des procès de commerçants notables.

Cet avis nous paraît conforme aux principes : motifs qui ont déterminé notre conviction. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

34. *Quid* dans le cas où le délai était déjà expiré? — Le tribunal ne peut proroger les pouvoirs. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

35. Partage des arbitres.

36. La récusation des arbitres, généralement admise en arbitrage forcé, est de la compétence des tribunaux de commerce. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

37 à 41. Dépôt, ordonnance d'*exequatur* de la sentence arbitrale. — Diverses espèces qui peuvent se présenter.

42. Voies de recours contre le jugement arbitral.

43. La requête civile est-elle admise contre les jugements arbitraux? — Solution affirmative. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

Elle ne peut être portée devant le tribunal de commerce.

44. Les arbitres sont sujets à la prise à partie. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

45. La tierce opposition n'est pas admissible contre les sentences arbitrales. — Opinion des auteurs.

46. L'art. 1028 du Code de proc. est-il applicable aux arbitrages forcés? — *Quid* quand les parties ont renoncé à toute espèce de recours? — Jurisprudence, opinion des auteurs.

47. Notre plan ne nous permet pas d'entrer dans de plus longs détails, qui seraient du domaine d'un traité sur l'arbitrage.

1. L'industrie embrasse aujourd'hui de si vastes opérations, que les particuliers ne pourraient les amener à bonnes fins, s'ils ne s'aidaient du concours d'associés. — Les chemins de fer et les bateaux à vapeur qui sillonnent la France, les manufactures qui couvrent son territoire, l'exploitation des mines qui gisent dans ses entrailles, le commerce maritime, qui va porter au loin les produits de son sol, toutes ces entreprises d'un puissant intérêt seraient frappées de stérilité, si l'association des capitaux ne venait féconder leurs richesses.

C'est donc une branche importante de la législation commerciale que celle qui régit les sociétés. En esquissant à grands traits leurs principes généraux, nous ne devons pas oublier cependant que nous n'avons à saisir en ce moment que leurs rapports avec la juridiction consulaire.

2. Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties. (Art. 18 du Code de comm.)

La loi reconnaît quatre espèces de sociétés commerciales : — la société en nom collectif; — la société en commandite; — la société anonyme, et la société en participation. (Art. 19 et 47.)

3. *Caractères. — Effets de la commercialité.* — 1° La *société en nom collectif* est celle que contractent deux personnes, ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale. (Art. 20.) — Une société est un être moral qui se compose de la collection des intérêts réunis, et qui, comme un simple commerçant, doit avoir un domicile réel, et peut avoir des domiciles d'élection. — La raison sociale, c'est le nom de cet être moral; son domicile, c'est celui du gérant, ou celui qui est spécialement désigné dans l'acte de société et qu'on appelle siége social.

Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale. (Art. 21.)

Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul

des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. (Art. 22.) La loi appelle commerçant celui qui fait profession habituelle d'exercer des actes de commerce. Les associés en nom collectif, faisant partie, et personnellement, de sociétés commerciales par leur forme, et ordinairement par leur objet, sont nécessairement des commerçants, comme tels, justiciables du tribunal de commerce, et contraignables par corps.

2° La *société en commandite* se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*. — Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs associés responsables et solidaires, le nom des commanditaires ne pouvant en faire partie. (Art. 23 et 25.)

Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est, à la fois, société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds. (Art. 24.) Le but de cette société, c'est d'offrir aux capitalistes, propriétaires, rentiers, l'occasion de faire un placement, de participer aux spéculations de l'industrie, sans en courir personnellement les chances.

L'associé en commandite n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société. (Art. 26.)

L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration. (Art. 27.)

Le gérant responsable, qui administre une société en commandite, est nécessairement un véritable commerçant, soumis à tous les devoirs de sa profession ; mais les commanditaires ne font pas, en quelque sorte, de leur personne, partie de cette association commerciale ; ils y ont associé leurs capitaux, aussi ils ne peuvent être réputés avoir acquis, par ce prêt de fonds, la qualité de commerçants.

En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société. (Art. 28.)

Le capital des sociétés en commandite pourra être divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société. (Art. 38.) La jurisprudence, aujourd'hui incontestable, a décidé que ces actions pouvaient être au porteur, c'est-à-dire transmissibles par la seule tradition du titre.

3° La *société anonyme* n'existe point sous un nom social ; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés. — Elle est qualifiée par la désignation ou l'objet de son entreprise. (Art. 29 et 30.)

Elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits. (Art. 31.)

Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. — Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la société. (Art. 32.)

Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société. (Art. 33.)

La société anonyme se rapproche de la société en commandite, en ce qu'elle n'est autre chose qu'une association de capitaux : dès lors, quoiqu'elle soit commerciale, ceux qui s'y sont intéressés en prenant des actions ne sont pas réputés par ce fait avoir fait des opérations de commerce. Elle en diffère en ce que les actionnaires peuvent administrer, sans craindre d'encourir une responsabilité indéfinie et personnelle. Ce n'est plus comme membres de la société, que les directeurs des sociétés anonymes les administrent, c'est comme mandataires chargés des affaires d'autrui ; sous ce point de vue, leur gestion est une véritable agence d'affaires, sa nature est essentiellement commerciale, à moins que le mandat n'ait été reçu par simple philanthropie (voir 2e partie, livre II, chap. 3, n° 6).

Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale. — Ces actions peuvent être nominatives ou au porteur. (Art. 34, 35 et 36.)

4° Les *associations commerciales en participation* sont relatives à une ou plusieurs *opérations de commerce*; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants. (Art. 48.) Par cela même que les associations en participation ne sont relatives qu'à une ou plusieurs opérations de commerce, ceux qui les forment ne peuvent être réputés commerçants. Nous savons, en effet, que cette qualité s'acquiert, non par un ou plusieurs actes de commerce, mais par la profession habituelle d'exercer ces actes de commerce. — Cependant, parties dans une opération de commerce, les participants sont, à raison de cette exécution, justiciables du tribunal de commerce.

4. *Formes. — Preuves.* — 1° et 2° Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics, ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'art. 1325 du Code civ. (Art. 39.)

Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs. (Art. 41.)

L'extrait des actes de société en nom collectif

et en commandite, doit être rendu public dans la quinzaine par affiche au greffe du tribunal de commerce, et publications dans un ou plusieurs journaux désignés par les tribunaux de commerce. — Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans des arrondissements différents, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement. — Ces formalités de publication seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés. (Art. 42.)

3° La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue : cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. (Art. 37.)

Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics. (Art. 40.)

L'ordonnance du roi, qui autorise les sociétés anonymes, devra être affichée avec l'acte d'association, et pendant le même temps. (Art. 44.)

4° Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise. (Art. 49) [1].

Elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. (Art. 50.)

5. *Continuation. — Modifications. — Dissolution.* — Toute continuation de société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des coassociés. — Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de société, sont soumis aux formalités prescrites par les art. 42, 43 et 44. — En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'art. 42, dernier alinéa. (Art. 46.)

6 *Commercialité. — Une société doit-elle être réputée commerciale par cela seul qu'elle a été constituée sous la forme de société en nom collectif, en commandite, ou anonyme? Faut-il, au contraire, pour que la commercialité existe, qu'à sa forme se joigne au fond, pour objet, l'exploitation d'une entreprise commerciale de sa nature* [2]?

La cour de cassation a jugé, le 23 août 1820, qu'une société formée par actions au porteur, pour la perception et la répartition des péages d'un pont déjà construit, n'est pas une société ayant pour objet une entreprise commerciale; qu'en conséquence les contestations relatives à cette société ne sont point de la compétence des tribunaux de commerce (S.-V., 21, 1, 372).

De même la cour de Paris, le 11 décembre 1830 (S.-V., 31, 2, 282; *voy.* Orillard, n° 308), a décidé que la société formée pour la construction d'un marché est civile, et non commerciale, alors même qu'elle a pris la forme des sociétés par actions.

Malgré l'autorité de ces arrêts, nous pensons qu'une association réglée dans la forme d'association en nom collectif, en commandite ou anonyme, doit être réputée commerciale. — (*Voy.* la sect. suiv., où nous démontrons ce principe, à l'occasion de l'exploitation des mines.)

7. Il en est des sociétés comme des individus. — D'une part, les sociétés commerciales, par leur objet ou par leur forme, sont de droit soumises à la juridiction des tribunaux de commerce; la présomption de commercialité s'attache à tous leurs actes, et, pour échapper à cette juridiction, elles doivent, comme les particuliers commerçants, démontrer, par le titre ou par des preuves certaines, que leurs engagements reposent sur une cause purement civile. — D'autre part, les sociétés civiles qui feraient accidentellement une opération commerciale, seraient, à raison de cette opération, justiciables des tribunaux de commerce.

8. *Incompétence des tribunaux de commerce relativement aux contestations sociales.* — Si nous avions à nous occuper de l'arbitrage forcé, nous devrions apprécier en elle-même la valeur de cette institution, objet de tant de critiques, et examiner les règles qui président à sa constitution. — Mais cet ouvrage est consacré aux tribunaux de commerce; en ce moment, nous recherchons quels procès tombent dans leurs attributions ou en sont démembrés; nous ne pouvons donc, sans sortir de notre sujet, quitter ce terrain de la compétence des tribunaux de commerce.

Au premier aspect, il semble que toutes les contestations commerciales reviennent de droit à la juridiction commerciale; cependant, et depuis bien longtemps, on a cru devoir lui enlever celles qui concernent les sociétés formées pour faire un ou plusieurs actes de commerce. Trois motifs ont guidé le législateur :

1° Pensant que les affaires sociales seraient jugées devant arbitres plus vite et à moins de frais, il a accordé ce privilége à la nature spéciale de ces affaires. — Ce motif est indiqué par

[1] On peut établir par témoins l'existence d'une société ayant pour objet le transport ou voiturage de marchandises sans terme limité. Semblable société, qui n'est relative qu'à des opérations spéciales et déterminées, et qui n'est point gérée sous une forme ou raison sociale, présente les caractères d'une simple société en participation. (Brux., 11 déc. 1841; *J. de Br.*, 1843, page 346, et *voy.* Brux., 30 avril 1842; *J. de Br.*, 1842, page 247, *Pasicrisie*, page 166.)

[2] Jugé aussi qu'il importerait peu qu'elle eût pris le titre de compagnie commerciale. (Liége, 4 juill. 1840; *J. de Br.*, 1841, page 346.)

Jousse, lorsque, s'expliquant sur l'art. 9, titre IV, de l'ordonnance de 1673, il dit : « La disposition portée en cet article et les suivants, a été ssgement établie pour le bien du commerce, parce que, par ce moyen, les contestations se règlent promptement et sans frais, au lieu que si ces sortes de différends s'instruisaient et se jugeaient devant les tribunaux ordinairea, les frais seraient beaucoup plus considérables et les affaires n'y seraient pas sitôt terminées. »

2° Les associés ont mis en commun les intérêts de leur vie commerciale. Unis par ce lien iutime, ils doivent désirer que leurs débats intérieurs soient plaidés à buis clos et jugés en famille. — D'ailleurs, si le contrat social doit survivre à ces débats passagers, il faut que son autorité ne soit pas altérée par l'irritation nécessaire qui accompagne la publicité d'un procès; sous ce point do vue, les arbitres nommés par les parties, apportant à l'accomplissement de leur mission une extrême bienveillance, s'ils ne peuvent accorder le différend, seront, du moins, mieux que les juges ordinaires, en position de le résoudre de manière à éviter l'aigreur qui pourrait en être la suite.

3° Les difficultés nées de contestations sociales sont le plus souvent compliquées de questions do chiffres et de comptabilité, que des explications personnelles et réitérées permettent seules de résoudre sainement.

C'est par ces raisons que le législateur de 1807, comme celui de 1673, a démembré de la juridiction consulaire les procès qu'engendrent les sociétés, ce qu'il fait en disant : « Toute contes- » tation entre associés et pour raison de la so- » ciété, sera jugée par des arbitres. » (Art. 51, Cod. de comm.)

9. Ces expressions de la loi commerciale indiquent clairement sa pensée. — La juridiction arbitrale est, comme la juridiction ordinaire des affaires do commerce, exceptionnelle, et ne peut se mouvoir hors du cercle qui lui est tracé. Pour qu'elle soit véritablement saisie, il faut le concours de deux circonstances. D'abord, qu'elle soit appelée à se prononcer sur une contestation *entre associés;* ensuite, que cette contestation existe *à raison de la société.* — Si l'une de ces deux conditions manque, si le litige relatif à la société ne s'établit pas entre associés, ou si, concernant des associés, il n'a pas pour raison la société, la difficulté fait retour aux juges consulaires.

Des exemples vont rendre cette pensée saillanto :

10. Ainsi, des tiers ont fait des fournitures à une société ; en réclamant ce qui leur est dû, comme ils ne sont pas associés, ils portent leur demande devant le tribunal de commerce.

Neanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. (Art. 1166, Code civ.) — Dans ce cas, si le débiteur fait partie d'une association commerciale, et si le créancier lui emprunte sa qualité d'associé, comme il se met à son lieu et place, ce créancier subit la juridiction arbitrale. Cela ressort clairement de l'art. 62 du Code de comm., qui déclare les règles de la juridiction arbitrale communes aux ayants cause des associés.

Cependant les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167). — Dans ce cas, le créancier, n'agissant pas comme représentant un associé, reste dans la règle commune et porte sa réclamation devant les tribunaux de commerce [1].

11. Souvent les associés eux-mêmes sont des tiers pour l'être moral. — Ainsi, lorsqu'un associé, agissant comme aurait pu le faire toute autre personne, a fait des fournitures à la société, il a le droit d'intenter son action devant les juges consulaires. — En effet, ce n'est point l'associé, mais le créancier qui agit et qui plaide [2].

12. Cette règle, qui attribue à des arbitres la connaissance des contestations entre associés pour raison de la société, est observée même à l'égard des veuves, communes en biens, héritiers, ou ayants cause des associés. (Art. 62 du Code de comm.) — Si des mineurs sont intéressés dans une contestation, pour raison d'une société commerciale, le tuteur ne pourra renoncer à la faculté d'appeler du jugement arbitral. (Art. 63.) — La règle que nous rappelons n'est pas altérée par la déclaration de faillite de l'un des associés. — Les syndics, représentant la personne et les droits du failli, ne peuvent attirer l'association devant le tribunal qui suit les opérations de la faillite, ils doivent également procéder devant arbitres [3].

Voir en sens contraire, aux arrêts cités en note, un arrêt de la cour de Rouen du 27 juin 1828 (*voy.* Orillard, n° 560), qui est en opposition évidente avec les principes, et notamment avec les dispositions de l'art. 62 du Code de comm.

13. Le principe de la compétence arbitrale ne serait pas non plus altéré par la minorité de l'un des associés.

14. L'art. 1834 du Code civ. exige que toutes les sociétés soient rédigées par écrit. Nous avons vu que le Code de commerce prescrit la transcription, l'affiche et la publication des extraits des actes de société, et que le dernier paragraphe

[1] Paris, 23 fév. 1833 (S.-V., 33, 2, 303); — Paris, 24 août 1833 (S.-V., 33, 2, 510); — Paris, 9 déc. 1833. *Voy.* Orillard, n° 551.

[2] Bordeaux, 31 août 1831 (S.-V., 32, 2, 19); — Paris, 31 janv. 1833; — Bordeaux, 22 juin 1833 (S.-V., 33, 2, 547); — cass., 4 août 1840 (S.-V., 40, 1, 919). *Voy.* Orillard, n° 549.

[3] Bordeaux, 4 juill. 1831 (S.-V., 31, 2, 339); — Paris, 7 août 1833 (S.-V., 33, 2, 513). *Voy.* Orillard, n° 559.

de l'art. 42 punit la négligence des intéressés en prononçant la nullité du contrat.

Cette nullité est-elle tellement absolue, que le fait de la société disparaisse de telle sorte qu'il n'en reste pas vestige? A-t-elle pour effet de rendre les associés tellement étrangers l'un à l'autre, qu'ils soient dans la même situation que s'ils ne s'étaient jamais connus? Est-ce que l'un des associés peut, avec son aide, non seulement échapper à la juridiction arbitrale, mais encore répudier dans le passé, dans le présent, dans l'avenir, le poids de toutes ses obligations?

On ne saurait le prétendre. La loi, malgré sa toute-puissance, ne peut faire que ce qui a été n'ait pas été; elle ne peut empêcher qu'il ait existé une communauté d'intérêts, des droits et des devoirs respectifs, une *société de fait*, qu'il importe de régler et de liquider. La nullité fait disparaître l'acte pour *l'avenir;* elle autorise la rupture du lien social; elle permet à l'associé de se refuser à l'accomplissement des actes qu'il n'a point déjà exécutés.

Mais elle ne peut rétroagir sur les faits accomplis : aux actes consommés, elle laisse toutes leurs conséquences; aux associés, elle attribue, pour le règlement de ces opérations de fait, la juridiction arbitrale.

S'il en était autrement, si un autre système pouvait être consacré, combien la fraude serait facile! Heureusement, jamais un pareil système n'a trouvé accès devant les tribunaux : la jurisprudence la mieux établie, l'opinion unanime des auteurs, ont repoussé une semblable interprétation [1].

Troplong, après avoir résumé, avec sa précision ordinaire, les diverses règles du Code de commerce, s'exprime ainsi à ce sujet : « Néanmoins, tout illégale qu'elle est, la société n'en est pas moins un fait accompli, qui a donné lieu à des rapports sociaux, et son passé ne peut disparaître sans laisser de traces. Que Locré ait pensé qu'il ne fallait tenir aucun compte de cette société de fait; qu'il ne devait y avoir lieu, même pour le temps écoulé, à aucune communauté de perte et de gain, c'est une opinion tellement exagérée, qu'il serait superflu de la discuter. Il y a des affaires qui ont été faites en commun; on doit les régler d'après l'intention des parties, à moins de vouloir faire des sociétés de fait une espèce d'état sauvage, où il n'y a ni droit ni protection. Comme le disait Savary, est-ce qu'il n'y a pas des mises à retirer? Est-ce qu'il faut laisser le surplus au premier occupant?

» Hâtons-nous de dire que la jurisprudence a rarement hésité là-dessus. — Presque toutes ses décisions ont, pour le passé, soumis les associés à la loi qu'ils avaient donnée à leurs intérêts privés. » (*Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, n° 249.)

Delangle s'exprime avec la même énergie : « Pour tous les faits accomplis avant l'instance, dit-il, la convention sociale s'exécute; la volonté, qui a suffi pour la détruire, ne peut pas faire qu'elle n'ait pas existé... La nullité ne rétroagit pas; son unique effet est de rendre à chacun sa liberté avant le terme qui avait été désigné. Il serait également contraire au droit et à l'équité que, pour un vice de forme, quelque grave qu'on le suppose, quand d'ailleurs les stipulations sont loyales, quand l'objet de la société est licite, et que le contrat est l'œuvre d'un consentement éclairé, l'un des associés fût autorisé à s'attribuer exclusivement le profit de l'exploitation commune, ou qu'il exigeât que le partage se fît sur d'autres bases que les bases convenues. La nullité n'a pas été établie pour favoriser la mauvaise foi; et la rupture de la convention, avant son terme, est déjà une assez grande peine infligée aux associés, sans qu'il faille l'aggraver en les livrant à des calculs de spoliation et de fraude. » (*Des sociétés commerciales*, sous l'art. 42, n° 539.)

15. *L'arbitrage est-il forcé pour les associations en participation? Doit-on considérer ces associations comme de véritables sociétés dans le sens de l'art. 51?*

Les motifs qui pourraient faire admettre la négative sont ceux-ci :

1° La commission chargée de préparer le projet du Code de commerce avait, dans son art. 13, mis la participation au rang des sociétés régulières. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, dans son *Exposé des motifs*, fait au corps législatif le 1er septembre 1807, proposait de ne pas comprendre les associations en participation parmi les sociétés : « Parce que, disait-il, la société en participation n'est qu'un acte passager, » qu'une convention qui s'applique à un objet » unique, et qui, ne reposant pas sur les mêmes » bases, ne peut avoir les mêmes résultats que » les trois autres genres d'association. »

Ce système fut accueilli, et la participation, au lieu d'être maintenue à côté des sociétés en nom collectif, en commandite, ou anonyme, fut reléguée dans un article postérieur du Code de commerce.

Puis, l'orateur du gouvernement, après avoir défini les caractères particuliers de chaque société, admet l'arbitrage pour les sociétés

[1] Cass., 2 juill. 1817 (S.-V., 20, 1, 504); — Paris, 11 déc. 1829 (S.-V., 32, 1, 520); — cass., 13 juin 1832 (S.-V., 32, 1, 320); — Toulouse, 22 avril 1837 (S.-V., 37, 2, 441); — Rennes, 22 juin 1837 (S.-V., 37, 2, 164); — Douai, 27 nov. 1839 (S.-V., 40, 2, 206); — Bordeaux, 5 fév. 1841 (S.-V., 41, 2, 219); — Montpellier, 16 janv. 1841 (S.-V., 41, 2, 456); — cass., 29 juin 1841 (S.-V., 41, 1, 386); — Angers, 17 fév. 1842 (S.-V., 42, 3, 479). — Pardessus, n° 1007; — B. Vincens, tome 1er, page 312; — Malepeyre, n° 184; — Duvergier, *sur la loi du 31 mars* 1833; — E. Persil fils, *Des sociétés commerciales*, note sous l'art. 42; — Horson, *Quest.*, quest. 18; — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 75; — Orillard, n° 542; — Despréaux, n° 568.

ainsi organisées et soumises à des règles précises. (Thieriet, *Corps de droit commercial*, p. 171.)

2° Les termes du Code confirment cette opinion : il ne soumet à l'arbitrage que les contestations pour raison *de la société*. — Or, l'art. 19 ne reconnaît que trois espèces de sociétés commerciales. — L'art. 47, autorisant une distinction, qualifie seulement les participations du nom d'*associations*, et ne les appelle pas sociétés.

3° L'art. 50 dispense des formalités prescrites pour les sociétés véritables, les associations en participation.

4° Les associations en participation ne forment pas un être moral et n'ont pas de siége. Les participants peuvent avoir chacun un domicile distinct. Quel sera le tribunal chargé de nommer les arbitres ?

Emile Vincens, tome Ier, p. 200, et Orillard, n° 552, tout en reconnaissant que la jurisprudence et l'usage n'avaient pas accueilli ces raisons, s'en font cependant les champions. —Quant à nous, au point de vue de la loi, elles nous paraissent d'une faiblesse extrême.

Il est bien vrai que le législateur a entendu faire une position particulière aux participations, qui ne sont pas des sociétés organisées avec autant de régularité que les autres ; mais, malgré quelques expressions assez vagues, nous ne pensons pas qu'il ait entendu déclarer qu'il n'y avait point, en matière de participation, un contrat social et des associés. Est-ce qu'il n'y a pas, en effet, comme le veut l'art. 1832 du Code civ., mise en commun d'une chose pour partager le bénéfice qui pourra en résulter ? D'ailleurs, un exposé de motifs peut bien servir à expliquer la loi ; mais il n'a pas la puissance de renverser la loi elle-même.

Et ici la loi est claire au suprême degré : dans l'art. 47 elle reconnaît l'association en participation, *indépendamment des trois espèces de sociétés* précédemment énumérées ; dans l'article 50, elle dispense cette association des formalités prescrites *pour les autres sociétés*. Donc, à ses yeux, l'association en participation est une société. Si le texte interdit toute distinction, le dictionnaire ne l'admet pas davantage. Nous avouons que, grammaticalement parlant, nous n'avons pas l'esprit assez subtil pour saisir la différence qui existe entre le mot *association* et le mot *société*.

C'est après cette reconnaissance préliminaire des trois sociétés régulières, et de la société irrégulière, que l'art. 51, disposant dans les termes les plus généraux, les plus absolus, dit que toute contestation entre associés et pour raison de la société sera jugée par des arbitres.

D'ailleurs, pourquoi le législateur aurait-il établi des nuances ? Dans l'un comme dans l'autre cas, les contestations qui surgissent concernent des individus liés par des intérêts communs ; elles sont d'une nature complexe ; elles touchent à des rapports intimes, comme ceux de la famille, et il est d'une bonne législation d'éviter pour elles la publicité des débats de l'audience.

Mais, dit-on, la participation est dispensée des formalités ordinaires ! — Ce n'est pas une raison pour la priver des priviléges attribués à ces sortes de conventions ; ce qui a été fait pour elle ne doit pas tourner contre elle.

Mais, ajoute-t-on, quel tribunal nommera les arbitres ? — Les participations, il est vrai, n'ont pas de siége social ; mais les associés ont un domicile, et c'est là, suivant la règle générale en matière d'ajournements, que le demandeur réclamera la désignation des arbitres.

Ainsi que nous le disions, la jurisprudence est si bien assise, qu'il n'est plus possible de considérer cette question comme pendante [1].

16. *Les tribunaux de commerce sont-ils tenus de se déclarer d'office incompétents dans les contestations entre deux associés pour raison de la société, lorsque ni l'une ni l'autre des parties ne propose ce moyen d'incompétence ?*

En d'autres termes, *l'incompétence des tribunaux de commerce pour juger des affaires sociales est-elle absolue et d'ordre public ?*

L'art. 9 du titre IV de l'ordonnance de 1673 voulait que tout acte de société contînt une clause compromissoire pour soumettre aux arbitres les contestations sociales : il ajoutait que, encore que la clause fût omise, un des associés pourrait désigner un arbitre, ce que les autres seraient tenus de faire.

Quoique l'arbitrage fût la juridiction normale des litiges sociaux, cependant le législateur de 1773, en déclarant que le demandeur *pourrait* nommer un arbitre, semblait lui accorder une faculté, et non lui imposer un devoir. Dans la pensée de l'ordonnance, l'incompétence des juridictions consulaires était seulement relative et devait, dès lors, être proposée *in limine litis*.

C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence [2] ;

La loi du 16 nivôse an 6, qui est le lien de transition entre l'ancienne et la nouvelle législation, conservait cet état de choses, en disant,

---

[1] Brux., 27 déc. 1810 (S.-V., 11, 2. 298) ; — Turin, 26 fév. 1814 (S.-V., 16, 2, 80 ; Dalloz, 2, 312, et 24 déc. 1818 et 9 mars 1822, *Pasicrisie belge*, à ces dates) ; — cass., 28 mars 1815 (S.-V., 15, 1, 154) ; — cass., 7 janv. 1818 (S.-V., 18, 1, 129) ; — Toulouse, 8 janv. 1814 ; — Bordeaux, 4 juill. 1831 (S.-V., 31, 2, 339) ; — cass., 4 déc. 1839 (S.-V., 39, 1, 897) ; — Berriat, oole 31 ; — Carré, *Lois de l'org. jud.*, titre *de l'Arbitrage*, quest. 543 ; — Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 1409 ; — De Vatimesnil, *Encyclopédie du droit*, tome Ier, v° *Arbitrage*, n° 22 ; — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Arbitrage*, n° 68, — Troplong, n° 493 ; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 59 ; — E. Persil fils, page 257 ; — Despréaux, tome Ier, page 160 ; — Bravard-Veyrières, page 83. *Voy.* Orillard, n° 555.

[2] Paris, 1er germ. an 11 ; — cass., 22 therm. an 11 (S.-V., 7, 1, 872) ; — cass., 14 juin 1815 (Dalloz, 2, 854).

dans l'art. 20 du tit. V, que les associés devaient, sur leur réquisition, être renvoyés devant des négociants arbitres.

Le législateur de 1807 a constitué l'arbitrage sur des bases plus larges et plus logiques.

L'art. 51 du Code de comm. déclare en termes exprès : « Toute contestation entre associés » et pour raison de la société, sera jugée par des » arbitres. »

Rien de plus absolu, de plus général que cette disposition ; elle ne permet ni doute ni distinction, et à elle seule elle suffirait pour faire aux tribunaux de commerce un devoir de se dessaisir d'office des contestations d'une telle nature.

Mais là ne se trouve point la seule raison de le décider ainsi.

Ainsi que nous l'avons établi au commencement de ce chapitre, les tribunaux de commerce sont des tribunaux exceptionnels, qui ne sont point investis d'une pleine et entière juridiction, et dont l'action ne peut se mouvoir en dehors du ressort déterminé par la loi. Pour eux la source de la compétence se trouve dans la loi d'attribution. Hors de cette attribution il n'y a plus qu'incompétence à raison de la matière.

Or, non-seulement les affaires sociales ne leur ont pas été réservées par les art. 632 et suiv. du Code de comm., mais encore elles leur ont été spécialement enlevées par l'art. 51 précité.

C'est donc le cas d'appliquer la règle que leur trace l'art. 424 du Code de procéd. quand il dit : « Si le tribunal de commerce est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties, encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé [1]. »

17. Cependant le moyen d'incompétence pris de ce qu'un tribunal, au lieu d'arbitres, et ensuite une cour royale, ont prononcé sur une contestation entre associés et à raison de la société, ne peut être proposé comme ouverture à cassation, s'il n'a été présenté devant la cour royale [2].

18. En cas de connexité entre plusieurs demandes, dont l'une est de la compétence des arbitres et les autres de la compétence des tribunaux de commerce, ces derniers peuvent connaître même des affaires sociales, surtout si les parties, dans une transaction, sont convenues de les saisir de l'ensemble de leurs contestations [3].

19. *Les tribunaux de première instance doivent-ils, comme les tribunaux de commerce, renvoyer d'office devant arbitres juges les instances sur affaires sociales?*

Nous pensons que non. — Voir les raisons développées avec soin dans la 1re section de ce chapitre [4].

Voici le texte de cette dernière décision :

« Attendu que c'est devant le tribunal civil de Clamecy, comme tribunal civil, que la cause a été portée ; qu'elle y a été discutée et jugée sans que, ni en première instance, ni en appel, son renvoi devant arbitres ait été demandé ;

» Attendu que les tribunaux civils sont les juges naturels des parties ;

» Que l'art. 51 du Code de comm., invoqué par le demandeur à l'appui de son pourvoi, n'a disposé que pour le cas où ce serait un tribunal de commerce qui se trouverait saisi ;

» Que cet article, restrictif de la juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce, ne peut exercer aucune influence sur la compétence des tribunaux ordinaires, auxquels il est parfaitement étranger ;

» Que, dès lors, le tribunal civil de Clamecy et la cour royale de Bourges ont été compétents pour connaître de la contestation qui s'était élevée entre les parties ; lorsque, surtout, aucune d'elles n'avait décliné sa juridiction,

» Rejette, etc..... »

20. Dans les instances nées de sociétés commerciales, les arbitres juges sont substitués aux magistrats consulaires, dont ils tiennent la place : ils statuent avec les mêmes éléments de preuves, et entourent des mêmes moyens l'exécution de leur sentence. — Après leur décision, la première instance se trouve épuisée, et la réformation des erreurs dans lesquelles les arbitres sont tombés ne peut plus être requise qu'en cause d'appel.

Les cours royales sont donc investies, contre les sentences arbitrales de tous les pouvoirs que les lois d'organisation et de procédure leur donnent dans leur examen des jugements des tribunaux inférieurs.—Parmi ces pouvoirs, l'un des plus importants, c'est le droit d'évocation, réglé par l'art. 473 du Code de proc.

Dans l'intérêt des parties, pour leur éviter un circuit de procédure, qui serait une cause de frais et de lenteurs, le législateur a permis, dans certains cas, de déroger à la règle des deux degrés de juridiction. Trois conditions sont pour cela requises : il faut 1° que le jugement soit infirmé ; 2° que la matière soit disposée à recevoir une décision définitive, et 3° que le tribunal d'ap-

---

[1] Brux., 9 mars 1828. *Pasicrisie belge*, à cette date ; Dalloz, tome V, page 335.

Colmar, 24 août 1807 (S.-V., 7, 2, 1203) ; — Turin, 8 juillet 1809 (S.-V., 10, 2, 41) ; — cass., 7 janv. 1818 (S.-V., 18, 1, 129) ; — Paris, 25 fév. 1829 (S.-V., 29, 2, 130) ; — Bordeaux, 21 mars 1832 (S.-V., 32, 2, 398) ; — Locré, t. 1er, notes sous l'art. 51, p. 208 ; — E. Persil fils, *Sur les sociétés*, page 256 ; — Despréaux, n° 573, — Orillard, n° 574 ; — Carré, *Lois de l'org. jud.*, quest. 542 ; — Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 1409 ; — E. Vincens, tome 1er, n° 18 ; — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 81 ; — Goubeau de la Billennerie, *Traité de l'arbit.*, tome II, chap. 1er, page 8.

[2] Cass., 3 juill. 1837 (S.-V., 37, 1, 765).

[3] Cass., 20 avril 1825 (S.-V., 26, 1, 133).

[4] Voir aussi les arrêts de la cour de cassat. des 20 avril 1825 (S.-V., 26, 1, 133, et 9 avril 1827 (S.-V., 27, 1, 828).

pel statue en même temps sur le moyen d'infirmation et sur le fond par une seule et même décision.

Ceci s'applique aux sentences arbitrales comme aux jugements des tribunaux ordinaires et permanents [1].

21. *Nullité de la société.* — *Quand une partie demande* la nullité de la société *pour cause d'erreur, de dol, de violence, est-ce au tribunal de commerce ou aux arbitres qu'il appartient d'en connaître?*

Comme les arbitres forcés ne sont compétents que pour connaître des contestations *entre associés et pour raison de la société*, c'est à la juridiction des tribunaux de commerce que doivent être soumises toutes les difficultés préliminaires qui mettent en question l'existence légale de la société. Ainsi, qu'un individu assigné, comme associé, en nomination d'arbitres juges, soutienne que le demandeur fait confusion, et qu'il n'a jamais été membre de l'association; — que son consentement est vicié, comme entaché d'une erreur tombant sur la substance du contrat d'association : — que son adhésion à ce contrat a été arrachée par des violences, ou surprise par des manœuvres frauduleuses : — toutes ces prétentions, qui, justifiées, feraient disparaître le lien social dans l'avenir comme dans le passé, sont préjudicielles, et rentrent dans le domaine des juridictions consulaires.

Il en serait de même si l'associé soutenait que la société purement civile est d'une nature telle, qu'elle échappe au ressort de l'arbitrage forcé.

Il faudrait encore admettre cette conséquence si le débat s'engageait sur la légalité de l'objet de l'exploitation sociale, par exemple si cette exploitation avait eu pour but de spéculer sur choses ne pouvant tomber dans le commerce [2].

22. Cependant le tribunal de commerce, saisi d'une demande en nomination d'arbitres forcés, pour prononcer sur des contestations relatives à une société commerciale, ne peut élever *d'office* la question de la validité de la société, à moins que la nullité qui entache la société ne soit d'ordre public [3].

23. *Dissolution de la société.* — *Les demandes en dissolution de la société peuvent-elles être portées devant la juridiction consulaire?*

Les demandes en nullité de la société doivent être jugées par les tribunaux de commerce, parce que, quand elles sont admises, il n'a jamais existé, à vrai dire, ni société, ni associés, ni contestation à raison de la société, et que par conséquent il est impossible de faire l'application de la disposition impérative de l'art. 51 du Code de comm. — Lorsqu'au contraire c'est la *dissolution* qui est réclamée, les tribunaux de commerce sont radicalement incompétents. On ne peut dissoudre que ce qui a été, que ce qui est. Or, c'est précisément parce que la société a subsisté et subsiste, et que le débat s'établit sur la question de savoir si le lien social devra être maintenu ou brisé, que l'on rencontre toutes les conditions de cet art. 51, et qu'il devient indispensables de faire vider cette difficulté par des arbitres [4].

24. Lorsque la société a été dissoute, les parties ont encore des droits à régler, des actions à introduire, des rapports à liquider. — Pour savoir si les procès qui surviennent entre les anciens associés, par suite de cette situation nouvelle, sont du ressort des arbitres ou des tribunaux, on peut consulter avec fruit la solution admise dans les arrêts suivants :

1° La contestation qui s'élève entre associés après la dissolution de la société et un règlement provisoire, mais avant le règlement ou partage définitif, est soumise à l'arbitrage forcé [5].

2° Lorsque dans l'acte de dissolution d'une société commerciale les associés ont définitivement réglé et liquidé leurs droits respectifs, la contestation qui s'élève ultérieurement sur cette liquidation ne peut être considérée comme une contestation entre associés et pour raison de la société : elle est du ressort des tribunaux de commerce [6].

3° Cependant si la contestation portait sur le

---

[1] Cass., 6 déc. 1821 (S.-V., 22, 1, 317; Dalloz, 2, 287). *Voy.* Orillard, n° 571.

[2] Trèves, 5 fév. 1810 (S.-V., 14, 2, 254; Dalloz, 2, 356); — cass., 6 déc. 1821 (Dalloz, 2, 287) : — Lyon, 21 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 257) : — Toulouse, 3 janv. 1824 (Dalloz, 2, 292); — cass., 30 nov. 1825 (S.-V., 26, 1, 185); — Aix, 14 déc. 1827 (S.-V., 28, 2, 70); — Brux., 10 janv. 1828; — Paris, 20 janv. 1830. — Poitiers, 24 nov. 1830; — Lyon, 10 juill. 1832 (S.-V., 33, 2, 104) : — cass., 17 avril 1834 (S.-V., 34, 1, 278); — cass., 16 nov. 1835 (S.-V., 36, 1, 387); — Paris, 18 déc. 1835 (S.-V., 36, 2, 94); — cass., 3 août 1836 (S.-V., 36, 1, 629). — Pardessus, n° 1001 : — Despréaux, n° 577; — Orillard, n° 541; — Bloche, v° *Arbitrage*, n° 74; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 60; — E. Persil fils, page 261.

Les formalités prescrites par l'art. 42 du Code de commerce doivent être observées à peine de nullité entre les associés.

En conséquence il n'y a lieu à ordonner l'arbitrage, conformément à l'art. 51 du même Code que lorsqu'il existe un acte de société à l'égard duquel ces formalités ont été remplies. (La Haye, 9 nov. 1827; *Jurisp. du XIXe siècle*, 1828, 185; Dalloz, 25, 300.)

Lorsqu'un contrat de société est argué de nullité par la partie à laquelle on l'oppose, il faut, avant de pouvoir renvoyer les parties devant arbitres relativement aux contestations élevées entre elles, qu'il ait été statué par le juge compétent sur le moyen de nullité proposé contre le contrat. (Brux., 10 janv. 1828; *J. de Br.*, 1828, 2, 289; Dalloz, 2, 288 et suiv.)

Les tribunaux de commerce sont seuls compétents pour décider s'il y a eu existence et par suite continuation d'une société. (Liége, 26 juill. 1827.)

[3] Bordeaux, 16 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 229).

[4] Lyon, 21 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 257; Dalloz, 2, 289); — cass., 21 août 1828 (S.-V., 29, 1, 32); — Paris, 28 fév. 1829 (S.-V., 29, 2, 228); — cass., 6 juill. 1829 (S.-V., 30, 1, 307). — Bloche, v° *Arbitrage*, n° 76. — Despréaux, n° 579; — Orillard, n° 543; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 52, — Persil fils, page 262.

Cependant, en sens contraire : Brux., 21 mars 1841; *J. de Br.*, 1842, page 463. — Lyon, 18 mai 1823 (S.-V., 24, 2, 221); — Bastia, 15 fév. 1827 (S.-V., 27, 2, 143). *Voy.* Orillard, n° 543.

[5] Douai, 27 juin 1837 (S.-V., 38, 2, 267).

[6] Lyon, 26 fév. 1828 (S.-V., 29, 2, 111).

redressement de comptes apurés par des arbitres juges, comme ce redressement doit, aux termes de l'art. 541 du Code de proc. civ., être porté devant le juge qui a fait le compte, il faudrait de nouveau en appeler à la décision d'arbitres juges [1].

25. Les tribunaux de commerce, qui sont sans qualité pour procéder à la liquidation d'une société commerciale, peuvent néanmoins intervenir dans les circonstances urgentes, pour prendre certaines mesures *provisoires*, notamment pour nommer un administrateur provisoire, en attendant que les juges arbitres aient pu être nommés et convoqués [2].

26. Lorsque les associés ont amiablement procédé à la dissolution de leur société, si des difficultés s'élèvent, soit sur la validité de cette dissolution, soit sur l'époque précise de sa date, c'est encore aux arbitres juges qu'il appartient d'en connaître [3].

27. *Nomination des arbitres.* — Lorsque des discussions s'élèvent entre associés, pour raison de la société, la marche naturelle pour constituer le tribunal arbitral est celle-ci : les deux parties désignent respectivement leur arbitre, et l'avisent du choix qu'elles en ont fait. — Si l'une des parties ne peut ou ne veut faire cette désignation, celui qui a intérêt à faire vider les difficultés, fait à son adversaire sommation extrajudiciaire d'avoir, dans un délai déterminé, à choisir son arbitre et à lui apprendre quelle est la personne investie de sa confiance. Si cette sommation demeure sans effet, comme il s'agit, après tout, d'un différend commercial, le tribunal de commerce est saisi d'une demande en nomination d'arbitres juges. — Le demandeur réclame acte de la nomination qu'il fait et le tribunal ordonne que, dans un certain délai, le défendeur sera tenu de désigner son arbitre, sinon et faute par lui de ce faire dans ledit délai et icelui passé, le tribunal nomme pour lui d'office un arbitre, lequel, avec celui choisi par le demandeur, constituera le tribunal arbitral.

L'art. 55 du Code de comm. s'exprime en ces termes : « En cas de refus de l'un ou plusieurs » des associés de nommer des arbitres, les ar» bitres sont nommés d'office par le tribunal de » commerce. » Ces expressions, prises dans leur sens rigoureux, sembleraient indiquer que le refus de l'un des associés suffit pour autoriser le tribunal de commerce à nommer même les arbitres de ceux qui sont prêts à faire leur choix. Cependant, on a compris que telle ne pouvait être la pensée du législateur : le mauvais vouloir d'une partie ne peut, sans injustice, enlever aux autres le droit qui leur appartient, de faire leur nomination. En décider autrement, ce serait donner une prime à la mauvaise foi. Aussi, dans la pratique, on prête à la loi un autre sens. En donnant acte de la nomination faite par certains associés, le tribunal se borne à nommer d'office un arbitre pour celui qui refuse [4].

Au surplus si, malgré la jurisprudence et la doctrine, quelques doutes pouvaient encore subsister, ils seraient levés par ce qui s'est passé lors de la discussion du projet du Code de commerce. — Le tribunat disait, au sujet de l'article 55 : « L'article, tel qu'il est, pourrait faire supposer que le refus, de la part d'un seul associé, de nommer un arbitre, rend caduque la nomination faite par les autres ; et, qu'en ce cas, tous les arbitres également, et pour toutes les parties, doivent être nommés d'office par le tribunal. — Cette doctrine n'a point été admise par le tribunat, et, pour que l'idée du législateur soit à l'abri du doute, il propose, au lieu de ces mots : *les arbitres sont nommés d'office*, de mettre ceux ci : « *les arbitres pour les refusants sont nommés d'office.* » — Ces appréhensions ne furent point partagées, et la rédaction du Code parut rendre cette pensée d'une manière si claire, que rien n'y fut ajouté.

Enfin, le Code de commerce a emprunté son système à l'ordonnance de 1673, à laquelle il n'a pas dérogé, et qui contient ces expressions mêmes, *pour les refusants.* — Voici en quels termes sont conçus ses art. 9 et 10, titre IV : — « Art. 9. Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés ; et, encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire ; sinon, en sera nommé par le juge, *pour ceux qui en feront refus.* » — « Art. 10. Voulons aussi qu'en cas de décès ou de longue absence d'un des arbitres, les associés en nomment d'autres ; sinon, il sera pourvu par le juge *pour les refusants.* »

28. Si plusieurs associés, demandeurs ou défendeurs, mais ayant le même intérêt, ne peuvent s'accorder sur le choix à faire pour eux, le tribunal intervient nécessairement pour les départager et nommer d'office pour eux [5].

29. Quelquefois la diversité des intérêts né-

[1] Cass., 28 mars 1813; — Pardessus, nº 1409; — Despréaux, nº 592; — Bioche, vº *Arbitrage*, nº 97; — Carré, *Lois de la comp.*, article 397, page 357, tome VII; — E. Persil fils, page 260.

[2] Lyon, 22 août 1825.

[3] Cass., 10 janv. 1831 (S.-V., 32, 1, 207).

[4] Cass., 25 juin 1815 (S.-V., 15, 1, 384); — cass., 9 avril 1816 (S.-V., 17, 1, 185) — cass., 10 avril 1816 (S.-V., 16, 1, 203); — Lyon, 21 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 257); — Lyon, 23 août 1824 (S.-V., 25, 2, 86); — Bordeaux, 25 nov. 1827 (S.-V., 28, 2, 77); — Metz, 11 janv. 1833 (S.-V., 34, 2, 560).

Carré, *Lois de la proc. civ.*, nº 3279; — Merson, *Arbitrage forcé*, nºs 31 et suiv., pages 34 et 35; — De Valimesnil, *Encycl. du droit*, vº *Arbitrage*, nº 168 — Malepeyre, page 383; — E. Persil fils, sous l'art. 55, page 306; — L. Vincens, tome Iᵉʳ, liv. II, page 196; — Goillard, nº 561; — Locré, note sous l'article 55, tome Iᵉʳ, pages 230 et 231; — Bioche, tome Iᵉʳ, vº *Arbitrage*, nº 101; — Pardessus, nº 1412, — Despréaux, nº 384; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, chap. Iᵉʳ, pages 35 et 42; — Persil, page 306, — Bravard-Veyrières, page 84.

En sens contraire : Montpellier, 8 juill. 1813 (S.-V., 14, 2, 243); — Rouen, 10 sept. 1813 (S.-V., 15, 2, 118).

[5] Cass., 10 avril 1816 (S.-V., 16, 1, 203).

cessite la nomination de plus de deux arbitres : il faut, en effet, que chaque intérêt distinct et séparé ait son représentant.

30. La nomination pour arbitre d'une personne incapable d'en remplir les fonctions équivaut à un refus, et le tribunal n'est pas tenu de s'y arrêter.

31. Les jugements du tribunal de commerce qui nomment des arbitres sont, comme tous les actes de la juridiction consulaire, susceptibles d'être attaqués. — S'ils sont contradictoires, ils sont soumis à l'appel, quand il y échet : s'ils sont par défaut, une opposition les remet en question.

Ici se présente une question fort grave.

Lorsque des arbitres ont été nommés, l'un sur le choix du demandeur, l'autre d'office et par défaut pour le défendeur, jusqu'à quel moment peut-on y former opposition? Cette opposition est-elle recevable jusqu'à ce que la sentence arbitrale qui s'ensuit ait été rendue et exécutée, ou bien au contraire, et seulement jusqu'au moment où les arbitres sont entrés en fonctions.

En d'autres termes, *lorsqu'une sentence arbitrale a été rendue contre une partie défaillante, cette partie peut elle mettre au néant cette sentence, en formant opposition au jugement par défaut, qui désigne les arbitres? Au contraire, est elle définitivement jugée, alors qu'elle n'a connu ni la procédure en constitution du tribunal arbitral, ni les débats devant ce tribunal lui-même?*

Lorsqu'une partie assignée constitue un avoué ou un agréé devant le tribunal de commerce, elle a nécessairement connu l'assignation : ayant un mandataire chargé de la défendre et de veiller à ses intérêts, on doit supposer qu'elle a été instruite du jugement intervenu, et c'est pour cela que, dans cette hypothèse, l'art. 157 du Code de proc. civ. n'admet d'opposition que pendant le délai de huitaine, à compter du jour de la signification. — Lorsque au contraire cette partie ne comparaît pas, ni personne pour elle, comme elle peut avoir été assignée à un faux domicile, ou bien, comme elle pouvait être absente de son domicile au moment de l'assignation, on présume qu'elle a ignoré ces actes de poursuites et le jugement qui en est la suite. Ici la loi se montre beaucoup plus large, et l'article 158 du Code de proc., déclare l'opposition recevable *jusqu'à l'exécution*.

Cette règle établie, le législateur détermine les cas où l'exécution est réputée consommée : il prévoit certaines hypothèses, qu'il érige en présomptions légales, puis, ne pouvant tout prévoir, il pose, comme principe général, que la connaissance de la part du débiteur des actes d'exécution est nécessaire. Voici comment l'art. 159 dispose : « Le jugement est *réputé exécuté* lorsque les meubles saisis ont été vendus; — ou que le condamné a été emprisonné » ou recommandé; — ou que la saisie d'un ou » de plusieurs de ses immeubles lui a été notifiée; — ou que les frais ont été payés; — ou, » enfin, lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante. »

Maintenant suivons le cours ordinaire des arbitrages.

Le tribunal nomme d'office un arbitre pour le défaillant; — signification de ce jugement est faite; — sommation d'avoir à comparaître devant cet arbitre, qui, réuni à celui du demandeur, va constituer le tribunal arbitral; — au jour indiqué, constitution par défaut du tribunal arbitral; — signification des conclusions de la demande et sommation d'avoir à produire les pièces et mémoires, conformément à l'art. 57 du Code; — enfin, plaidoirie, examen et sentence par défaut.

Or, les sentences arbitrales ne peuvent, comme les jugements, être attaquées par défaut : la voie de l'appel ou du recours en cassation est seule ouverte, et le plus souvent, dans l'acte de société, les parties renoncent à en faire usage. — Si cette renonciation a eu lieu, voilà la partie irrévocablement, définitivement condamnée.

Et cependant peut-être, se trouvant en voyage, elle a ignoré tous ces actes de procédure ; peut-être encore ces actes ont été signifiés méchamment ou par erreur à un faux domicile. Ainsi elle n'a pu se défendre : ce n'est point par son fait que les arbitres n'ont pu être contradictoirement éclairés. En équité, en droit, peut-on lui refuser la possibilité de faire tomber une condamnation ainsi obtenue?

Au premier aspect, il semble que le défaillant n'a qu'un acte à faire : former opposition au jugement par défaut qui nomme les arbitres, et signifier au demandeur la nomination qu'il fait de son arbitre. En effet, le pouvoir du juge expirant, la décision tombe et périt avec lui. — Ce biais est-il acceptable? L'opposition au jugement par défaut est-elle admissible? A se rappeler les termes exprès des art. 158 et 159 du Code de proc. précités, on serait disposé à décider l'affirmative. D'une part, l'opposition peut être formée jusqu'à l'exécution; d'autre part, l'exécution n'est réputée consommée que lorsque les meubles saisis ont été vendus, etc., etc., ou lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte *nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante*. — Or, en fait, il n'existe ni saisie et ventes de meubles, ni actes d'exécution de la nature de ceux qui nécessairement sont connus du défaillant : on rencontre une procédure ordinaire qui non-seulement n'a pas été *nécessairement* connue, mais qui au contraire se trouve avoir été constamment ignorée.

Quelque graves que soient ces considérations, il en est d'autres qui nous paraissent encore plus puissantes.

S'il est fâcheux de voir condamner un individu qui n'a pu se défendre, il serait bien fâcheux

aussi d'abandonner le demandeur à la merci de son adversaire. C'est précisément parce que les sentences arbitrales par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition, que ceux qui font partie d'une société doivent apporter plus de soin à connaître les diverses péripéties de sa marche : n'est-il pas négligent, l'associé qui ignore que des contestations vont en sortir? N'est-il pas négligent encore, s'il ne se met pas en mesure de savoir, sinon le moment précis où elles commencent, du moins le moment assez éloigné où elles vont finir?

D'un autre côté, il est intéressant au point de vue de l'administration de la justice, de rendre enfin définitives les sentences des magistrats, et de ne pas souffrir que les parties soient perpétuellement à la recherche de leurs droits.

Que si, quittant le chapitre des considérations, nous entrons dans le domaine de la loi, nous trouvons encore que l'opposition n'est plus recevable.

La loi doit toujours être entendue dans un sens raisonnable; il ne faut pas, même lorsqu'il s'agit d'éviter la perte d'un droit, s'attacher à ses termes avec une rigueur telle, qu'ainsi comprise, elle deviendrait un véritable non-sens. — Pour que puisse survenir la vente des meubles du débiteur, pour que celui-ci puisse être emprisonné, pour que la saisie d'un de ses immeubles lui soit notifiée, pour que les frais soient payés, il est indispensable qu'il y ait une dette reconnue, un débiteur, une condamnation aux frais; pour que l'on puisse rencontrer un de ces actes indiquant nécessairement au débiteur l'exécution du jugement, il est encore indispensable que ces actes d'exécution rentrent dans l'ordre des choses possibles.

Mais il est telle situation où les jugements sont antipathiques à de tels actes. Certains jugements sont d'une nature telle que, ne prononçant aucune condamnation, ordonnant des mesures ou d'instruction ou préparatoires, ils comportent une exécution restreinte, particulière, accommodée à leur nature propre. Dans ces cas, et par la force même des choses, qui est une puissance inévitable aussi, il est matériellement impossible de prendre à la lettre l'article 159; et l'on doit reputer consommée l'exécution, lorsqu'elle a été faite dans les limites et avec les conditions spéciales attachées à son caractère particulier.

Ainsi, comment exécuter un jugement qui désigne un arbitre? — Évidemment, en comparaissant devant cet arbitre. Cette exécution est entière, alors surtout que cet arbitre, usant de ses pouvoirs légaux, reçoit en cette qualité le dire de la partie, écoute, délibère et juge.

S'il en était autrement, l'arbitrage, contre lequel déjà s'élèvent tant de préventions, devrait être repoussé par tous les bons esprits; car, refuge de toutes les fraudes, il entraînerait les justiciables dans des retards et dans des frais incalculables [1].

Le tribunal de commerce de Paris, par jugement du 19 décembre 1843, vient de consacrer cette doctrine dans l'affaire Véron contre Panckouke.

Voici le texte de cette décision :

« Le tribunal,

» Attendu que la reddition d'une sentence est le seul but du jugement qui renvoie les parties devant arbitres juges ; que la constitution du tribunal arbitral n'est qu'un moyen d'y parvenir;

» Que le jugement de renvoi ne peut donc être considéré comme exécuté qu'après que la sentence des arbitres a été rendue;

» Que, par suite, l'opposition des défaillants est recevable conformément à l'art. 159 du Code de proc., tant qu'il n'est pas justifié par quelque acte que la reddition de la sentence a été nécessairement connue de la partie défaillante, à moins, toutefois, qu'aux termes de l'art. 159 précité, les frais du jugement de contumace n'aient été payés volontairement ou par contrainte;

» Attendu que, dans l'espèce, la sentence n'a pas été rendue; qu'aucune condamnation aux frais de contumace n'a été prononcée contre les défaillants;

» Qu'ainsi l'opposition de Panckouke est encore recevable;

» Par ces motifs, le tribunal reçoit Panckouke opposant en la forme au jugement du 3 novembre 1843, et statuant sur le mérite de son opposition, etc... »

32. Souvent l'acte de société contient des clauses particulières relativement à la nomination des arbitres juges. — Quelquefois les parties conviennent que, faute par elles de s'entendre sur le choix de leurs arbitres, ils seront tous désignés par le tribunal de commerce; ou bien, afin d'éviter un partage, que trois arbitres au lieu de deux seront nommés dès l'origine; ou bien que le choix appartiendra au président du tribunal de commerce, et non au tribunal lui-même.

Toutes ces conventions, qui ne dérogent à aucun principe d'ordre public, doivent être exécutées.

33. *Prorogation des pouvoirs des arbitres. — Le tribunal de commerce peut-il, sur la demande de l'une des parties, et sur l'opposition de l'autre, proroger le délai imparti aux arbitres pour rendre leur sentence, alors que leurs pouvoirs ne sont pas encore expirés?*

Le peut-il, lorsque le délai s'est écoulé sans que la sentence ait été rendue?

Il est deux observations, préliminaires à la

[1] Paris, 14 fév. 1809 (S.-V., 9, 2, 67); — Paris, 25 mars 1815 (S.-V., 16, 2, 86); — Amiens, 21 juill. 1835. — Despréaux, n° 385; — Pardessus, n° 1412.

discussion, que nécessite cette importante question.

D'abord, lorsqu'une instance sociale surgit, les parties peuvent apprécier l'étendue des débats qu'elle doit engendrer. Comme le disait à merveille la commission chargée de préparer le Code de commerce, « la loi ne saurait irrévocablement fixer dans quel délai les arbitres doivent statuer sur les contestations qui vont leur être soumises. Il est plus sage de s'en rapporter à l'intérêt même des parties. » (*Analyse des observations des tribunaux*, tome IV, page 25.) — Acceptant ce système, l'art. 54 du Code de comm. a disposé que « *le délai pour le jugement est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres.* »

Cependant le législateur n'avait, sur ce point, accompli que la moitié de sa tâche. Les adversaires, que divisent un procès sérieux, peuvent encore se trouver en discord sur des objets secondaires. S'ils ne s'entendent pas sur la durée des pouvoirs à donner aux arbitres, comment seront-ils départagés? Leur imposera-t-on une règle invariable, applicable aux litiges les plus simples comme aux plus compliqués? — Non, une autorité, qui tient un compte exact des faits, qui recueille les motifs respectifs de chacun des contendants, qui peut suivre les divers incidents de l'instance, est chargée de déterminer le délai. L'art. 54 ajoute : « *Et, si elles ne sont pas d'accord sur le délai, il sera réglé par les juges* [1]. »

Ainsi, tenons pour constant que, quand les parties ne s'accordent pas sur le délai, il appartient aux juges de vider cet incident.

Ensuite, les affaires commerciales n'ont été distraites du domaine du juge commercial, que lorsque les contestations s'agitaient entre associés *et pour raison de la société*. Quand il s'agit de savoir s'il y a lieu d'étendre la durée des pouvoirs des arbitres, le débat concerne bien des associés, mais il n'est pas *pour raison de la société*. Par conséquent, cette contestation est l'une de celles sur lesquelles la juridiction ordinaire ayant droit et qualité pour statuer, doit y faire retour. — Or, comme cet incident surgit en instance commerciale, les tribunaux de commerce en sont valablement saisis.

Cela posé, et la compétence des tribunaux de commerce étant justifiée en la forme, peut on leur refuser au fond la possibilité de proroger le délai?

La cour de Bordeaux fut appelée, le 28 juin 1818, à résoudre la question : elle se présentait devant elle non plus dans sa généralité, mais avec cette circonstance particulière, et très-grave suivant nous, que déjà le délai de l'arbitrage était expiré. De Martignac, alors avocat, soutenait la négative, et, pour justifier son opinion, il s'autorisait d'une consultation de Pardessus. Il gagna : il devait gagner son procès, nous le démontrerons, non parce qu'il avait raison en thèse générale, mais à cause du fait spécial que nous venons de signaler.

Quoi qu'il en soit, Pardessus disait à l'occasion de ce procès : « Le tribunal de commerce ne peut pas, à la demande de l'une des parties, proroger le délai, parce que le législateur ne l'a pas voulu, parce qu'il a pensé qu'une partie ne se refuserait pas, sans de graves considérations, à consentir à une prorogation devenue nécessaire par la force des choses et non par la faute des arbitres; parce que si le tribunal était appelé à prononcer sur cette prorogation demandée par l'une, refusée par l'autre, il faudrait entrer dans des détails, des explications, qui ne seraient pas sans inconvénients.

» A ces importantes considérations se joint une raison plus décisive. En instituant l'arbitrage forcé pour juger les contestations, le législateur a créé une législation parallèle au tribunal de commerce, n'ayant comme lui, d'après l'art. 52 du Code, de supérieur que la cour royale et la cour de cassation.

» En matière de société, les arbitres remplissent, non pas un acte de pure confiance, mais une attribution légale, et les fonctions mêmes des tribunaux de commerce. Ce tribunal concourt à les organiser, à résoudre les difficultés préliminaires à leur constitution; mais, une fois ces opérations terminées, le tribunal a son individualité, son indépendance. Les juges de commerce n'ont ni supériorité, ni surveillance à exercer sur les arbitres, le président est purement passif dans l'ordonnance d'exécution qu'il est tenu d'accorder; et si des nullités sont reprochées au jugement arbitral, ce n'est pas au tribunal de commerce qu'il appartient d'en connaître, comme le pourrait, d'après l'art. 1028 du Code de proc., le tribunal civil, à l'occasion d'un arbitrage volontaire. — Ainsi l'ont jugé *in terminis* plusieurs arrêts de la cour de cassation [2].

» En un mot, dès que les arbitres sont constitués, le tribunal de commerce leur devient étranger : jugent-ils dans le délai fixé, jugent-ils après, c'est à la cour royale ou à la cour de cassation que les griefs, dans la forme ou au fond, pourront être portés : ne rendent-ils aucun jugement; la partie la plus diligente, après l'expiration du délai convenu ou fixé, agit comme s'il n'existait pas de tribunal arbitral,

[1] Dans tous les auteurs et dans toutes les éditions des Codes, on a mis le mot *s'ils*, au lieu de ces mots : *si elles*. — Il est évident que c'est une erreur matérielle, qu'une irréflexion incroyable a laissée subsister jusqu'à présent — D'après la construction grammaticale de la phrase, le mot *s'ils* ne pourrait se rapporter qu'aux arbitres, qui n'ont rien à décider quant à la fixation du délai. — L'article parlant *des parties*, on ne peut employer, pour les désigner, que le féminin.

[2] Cette solution est encore très-sérieuse. — Nous nous réservons de l'examiner.

puisque, dans le fait, il n'en existe plus, et provoque la nouvelle nomination.

« Sans doute, les parties peuvent convenir que les arbitres dont les pouvoirs sont expirés continueront de les juger : c'est la conséquence du droit qu'elles ont eu de les choisir. Sans doute on peut supposer qu'elles l'ont voulu tant qu'elles ont laissé leurs pièces, titres et mémoires, entre leurs mains, sans manifester l'intention de former un nouvel arbitrage; on s'engage par des faits qui supposent un consentement en termes exprès. Sans doute si les parties veulent manifester cette volonté de continuer leur confiance aux arbitres d'une manière moins équivoque, elles peuvent en demander acte au tribunal de commerce, et même une partie peut appeler l'autre devant ce tribunal pour y consentir la continuation des arbitres, si mieux elle n'aime en nommer de sa part, ou rentrer dans la même position qu'au moment où il a été question de les nommer pour la première fois, conformément à l'art. 55 du Code de comm [1]. »

Locré, consulté à son tour sur le même procès, soutenait le système contraire par les motifs suivants :

« En matière d'arbitrage forcé, différant en cela de l'arbitrage volontaire, l'expiration du terme n'emporte celle des pouvoirs qu'autant que les arbitres et toutes les parties veulent lui donner cet effet; lorsqu'on ne le lui donne pas, ce ne sont pas de nouveaux pouvoirs qui commencent, ce sont les mêmes qui continuent.

» Détruisons les objections par lesquelles on combat ces vérités.

» On dit que l'art. 54 du Code de commerce donne bien au tribunal le droit de fixer le délai lorsque les parties ne parviennent pas à en convenir; mais qu'il ne lui donne pas celui de le proroger lorsqu'il y a résistance de la part d'une des parties.

» A la vérité, l'art. 54 aurait pu s'exprimer plus clairement; mais ce n'est pas la seule rédaction incomplète qu'on rencontre dans le Code de commerce. Dans le silence de ce Code, interrogeons donc et l'esprit de la loi et l'usage. D'abord, quel a été le but du législateur lorsqu'il a forcé les associés de soumettre leurs contestations à des arbitres? Il a voulu ce qu'avaient voulu les législateurs qui l'ont précédé, ce qu'a voulu l'ordonnance de 1673, dont il n'a fait que répéter les dispositions, et dont Jousse explique les motifs en ces termes : *Si les contestations entre associés*, dit cet auteur, *se jugeaient devant les tribunaux ordinaires, les frais seraient beaucoup plus considérables, et les affaires ne seraient pas sitôt terminées.* — Ainsi, économie de frais, économie de temps, voilà le double but de l'arbitrage forcé. — Dès lors il n'est point douteux que celui des deux systèmes qui tendra vers ce but sera le système de la loi. Or, nous le demandons, si la seule expiration des délais faisait cesser les pouvoirs des arbitres, ne serait-il pas extrêmement facile à la partie qui craindrait une condamnation d'éterniser l'affaire, en faisant naître des incidents et des difficultés nouvelles, dont l'examen entraînerait les arbitres au delà des délais? Il faudrait nommer d'autres arbitres, et recommencer l'instruction; on jouerait vis-à-vis de ceux-ci le même jeu que vis-à-vis des premiers : où tout cela s'arrêterait-il?

» A cela on oppose que, dans ce dernier système, les mêmes inconvénients se présentent, quoique sous une forme différente; qu'il est possible que le tribunal de commerce éternise aussi le procès en accordant prorogation sur prorogation.

» Cette objection ne saurait être sérieuse. La présomption que les tribunaux ne feront pas leur devoir n'est jamais entrée dans les combinaisons du législateur, ou plutôt c'est sur la présomption contraire qu'il se règle. D'un autre côté, le tribunal ne peut pas être surpris, puisqu'il n'accorde pas la prorogation sans connaissance de cause. Ainsi, dans le système où le délai serait fatal, le but de la loi serait manqué; et dans celui qui admet la prorogation, ce but est, au contraire, parfaitement atteint : il n'y a donc pas à balancer entre l'interprétation qui donne une cause à la loi et celle qui n'en suppose aucune.

» En effet, on voit très-bien pourquoi, dans l'arbitrage volontaire, les pouvoirs des arbitres expirent avec le délai : les parties n'avaient renoncé que momentanément à leurs juges naturels pour se donner des juges à leur choix; elles l'avaient fait dans l'espoir et sous la condition d'être réglées plus promptement et sans appareil, *sine strepitu forensi*; quand cette condition manque, le compromis tombe dans son entier, et les parties se trouvent, *ipso facto*, replacées sous la juridiction ordinaire, toujours néanmoins avec la faculté qu'elles reprennent de s'en distraire de nouveau en passant un nouveau compromis.

» Dans l'arbitrage forcé, au contraire, ce motif ne trouve pas de prise; les parties n'ont pas d'option; elles ne peuvent échapper à l'arbitrage; il n'y a pas là de compromis; car le compromis se compose tout à la fois du consentement d'être jugé par des arbitres, à l'exclusion des tribunaux, et du choix de ceux par qui on veut être jugé; et le consentement d'être jugé par des juges connus est même la base fondamentale de tout le contrat. — La disposition qui attacherait la cessation du pouvoir des arbitres à l'expiration du terme serait donc sans objet.

» Elle en aurait un, réplique-t-on; elle donnerait la faculté de changer les arbitres.

[1] Dalloz, v° *Arbitrage*, 1, 369 (S.-V., 18, 2, 243 et suiv.).

« Cette considération ne saurait être d'aucun poids aux yeux du législateur. Pourquoi? Parce qu'en nommant les arbitres, les parties les ont jugés dignes de leur confiance; que, si elles ont consenti à les recevoir des mains du tribunal, c'est vers le tribunal que leur confiance s'est portée d'abord, afin de retomber de là sur les hommes de son choix; qu'à moins que des faits postérieurs ne la détruisent, elle ne pourrait être retirée que par l'effet d'une circonstance et d'une légèreté que la loi ne doit jamais favoriser, et qu'elle ne favorise pas, même dans l'arbitrage volontaire (Code de proc., art. 1014); que, s'il survient des faits, la voie de récusation et de prise à partie est ouverte, et que ce moyen pare à tous les inconvénients.

» . . . .

» Vient l'art. 58 du Code de comm. Celui-là donne le droit de proroger aux arbitres eux-mêmes.

« *Les arbitres*, dit-il, *peuvent, suivant l'urgence des cas, proroger le délai pour la production des pièces.* On va objecter que l'article ne parle que du délai pour la production : soit. Mais cette faculté entraîne nécessairement celle de proroger le délai pour juger; c'est le résultat de la dérogation que les art. 57 et 58 apportent à l'art. 1016 du Code de proc. En effet, ce dernier, qui concerne l'arbitrage volontaire, dispose ainsi : *Chacune des parties sera tenue de produire ses défenses et pièces, quinzaine au moins avant l'expiration du délai du compromis; et seront tenus les arbitres de juger sur ce qui aura été produit.* Rien de pareil dans l'arbitrage forcé : point de délai fatal pour la production, pas même de délai fixe; point d'obligation aux arbitres de passer outre si les parties n'ont pas produit; les parties ne sont mises en demeure que par la sommation de produire, dans les dix jours, leurs pièces et mémoires; l'expiration de ce délai n'oblige pas même de les juger par forclusion; les arbitres estiment si le défaut de production doit être attribué à la mauvaise foi ou à la négligence; et, quand ils sont convaincus qu'il ne provient que d'impossibilité, ils prorogent les délais. Et comme l'art. 58 ne limite pas, par le temps, la faculté de proroger, les arbitres peuvent en faire usage la veille même de l'expiration du terme, s'ils estiment qu'un retard pour la production soit juste et nécessaire. Dès lors, par conséquent, cette faculté d'accorder un délai pour produire renferme virtuellement celle de proroger le délai pour juger, tant qu'il n'est pas écoulé.

« Toutefois, n'est-il pas à craindre que les arbitres n'abusent de cette faculté pour prolonger la contestation dans l'intérêt de la partie qu'ils veulent servir? Si on les suppose capables de prévariquer, ils auraient une manière plus sûre de la servir, ce serait de prononcer en sa faveur; mais ils entreprendraient en vain de le faire par des lenteurs affectées. Le Code de procédure pourvoit au déni de justice, et le Code pénal y applique des peines très-sévères.

« Il serait fort extraordinaire que le tribunal n'eût pas le droit de proroger, lorsque ce droit est confié aux arbitres.

« Sous un autre rappport, on ne saurait le lui contester. L'art. 54 pose ce principe que, dans ce que les parties peuvent faire relativement à la fixation du délai, le tribunal les supplée toutes les fois qu'elles ne parviennent pas à s'accorder. Or, puisqu'il est avoué que les parties ont le droit de proroger le délai expiré, comment, lorsqu'elles ne peuvent pas s'entendre sur ce point, le tribunal n'interviendrait-il pas pour les régler, pour proroger un délai qu'il n'a d'abord pu fixer qu'au hasard, et pour réparer une méprise, en quelque sorte inévitable dans ce genre de contestation? » (*Voy.* Dalloz, et S.-V., *loco citato.*)

Toullier, Carré, Delvincourt, Berryer père, Fournel et Dupin aîné, ont fortifié de leur adhésion le système si bien développé par Locré, qui s'appuyait en outre sur des parères délivrés par les principaux négociants de Bordeaux, Lisbonne, Nantes et Bayonne. Ce système, appliqué à la prorogation des pouvoirs des arbitres, lorsqu'ils sont encore existants, nous paraît le plus conforme au texte, à l'esprit de la loi et aux nécessités de la justice arbitrale.

Nous acceptons sans réserve la majeure partie des raisons de Locré; cependant, qu'il nous soit permis, avant d'exposer celles qui nous paraissent les plus décisives, de rejeter un argument qui porte à faux, suivant nous.

Est-il vrai de dire que les arbitres ont eux seuls, et sans le consentement des parties, le droit de proroger le délai final de l'arbitrage? — Oui, dit Locré, parce que l'art. 58 du Code de proc. leur permet de proroger le délai *pour la production des pièces.* Ceci nous paraît une erreur considérable. Il appartient aux parties, ou, à défaut, au tribunal, d'impartir aux arbitres le délai dans lequel ils sont tenus d'accomplir leur mission. Lorsque les parties se présentent pour la première fois devant les juges, elles leur exposent sommairement l'objet de leurs différends, comment ils ont été nommés, et quelle est l'étendue de leurs pouvoirs; elles les requièrent d'accepter ces fonctions avec les privileges et les devoirs y attachés. En acceptant et en donnant acte aux requérants de leur acceptation, les arbitres prennent nécessairement l'engagement formel de statuer avant le terme convenu ou ordonné. Si, par leur faute, le terme s'écoule sans que décision intervienne, ils peuvent être responsables personnellement. Si, au contraire, c'est par la faute des parties, elles ne sont pas admissibles à se plaindre.

L'art. 60 du Code de comm. déclare que « les parties remettent leurs pièces et mémoires aux arbitres, sans aucune formalité de justice. » L'art. 57, prévoyant le refus ou le retard de l'un

des associés, et voulant mettre les arbitres en mesure d'accomplir leur mission dans le temps prescrit, ajoute : « L'associé en retard de remettre les pièces et mémoires est sommé de le faire dans les dix jours. » — Enfin, l'art. 58, complétant ce qui concerne la remise des pièces, prévoit le cas où, par suite de circonstances indépendantes de la volonté du retardataire, la sommation est restée sans effet, et alors il autorise les arbitres, « suivant l'exigence des cas, à proroger le délai pour la production des pièces. »

A notre sens, cette dernière disposition doit être renfermée dans de justes limites; par cela même que la loi permet aux arbitres de proroger le délai de la production, elle leur interdit de proroger le délai pour le jugement : elle peut d'autant moins leur accorder ce dernier droit, que déjà elle vient de dire que les parties et le tribunal ont seuls action sur ce point. Dès lors, les arbitres ne pourront accorder aux retardataires d'autres répits pour la production que ceux qui ne dépassent pas les bornes de l'arbitrage lui-même. La production des pièces touche à l'instruction, elle est *un moyen* d'arriver à la sentence, qui est *la fin*. Comment pourraient-ils faire vivre le moyen au delà du terme fixé pour la fin?

Sur ce point, nous pensons donc que Locré a été trop loin.

Maintenant voici les motifs qui, sur le fond de la difficulté, ont déterminé notre conviction :

1° *Texte de la loi*. — L'art. 54 énonce une double disposition facile à comprendre, quoique cet article soit un des plus mal rédigés du Code de commerce. — En premier lieu, malgré la restriction apparente que semblent indiquer les mots : *lors de la nomination des arbitres*, les parties ont souverain pouvoir, en ce qui touche le délai, avant, pendant et après l'arbitrage, comme au moment où il se constitue. — *Avant*, elles peuvent, dans l'acte social, ou par convention séparée, prendre des déterminations à cet égard ; — *au moment* où l'arbitrage se constitue, ce sont les termes précis de la loi ; — *pendant*, s'apercevant que le délai convenu est, par sa longueur ou par sa brièveté, nuisible à leurs intérêts, elles ont le droit de l'abréger ou de le proroger d'accord; — *après*, le délai est expiré, les arbitres n'ont pas eu le temps moral nécessaire à l'accomplissement de leur tâche; au lieu de perdre le fruit des débats commencés et de reconstituer un nouvel arbitrage, elles peuvent qui peut le plus peut le moins) accorder un nouveau délai. Toutes ces conventions, parfaitement licites, ne violant aucune loi d'ordre public, doivent être observées, et, comme nous venons de le dire, ce n'est pas seulement lors de la nomination, mais à tout instant que les parties ont la possibilité de s'entendre et de compromettre à ce sujet.

Eh bien, l'art. 54 n'applique même pas ces mots : *lors de la nomination*, à l'intervention du tribunal; il contient deux membres de phrase parfaitement distincts : l'un est relatif aux conventions des parties, nous venons de l'expliquer; l'autre règle les pouvoirs du tribunal, et il ne fixe ni époque ni restriction à leur exercice. Pour lui, autorisation expresse de déterminer le délai toutes les fois que les parties ne sont pas d'accord.

Or, pendant l'arbitrage, une partie veut proroger, l'autre s'y refuse : voilà le discord; dès lors, voilà pour le juge la justification légale de son intervention.

Comment le législateur pourrait-il restreindre, pour le tribunal de commerce, la fixation du délai, à l'instant de la nomination? — Quelquefois cela serait impossible. — En voici la preuve : souvent, en faisant un acte de société, les associés conviennent qu'en cas de discussion les arbitres seront nommés par le président du tribunal de commerce. — Le cas échéant, le président fait son choix : les arbitres acceptent; les voilà nommés, et cependant aucun délai n'a été déterminé lors de leur nomination. Plus tard, les parties ne peuvent s'accorder sur l'étendue de ce délai ; il faut bien que le tribunal de commerce intervienne : or, ce n'est que postérieurement à la nomination, à la constitution même du tribunal arbitral.

Cet exemple, qui se présente fréquemment, vient à l'appui de notre interprétation du texte de la loi.

2° *Esprit de la loi*. — Cette interprétation du texte est conforme aux motifs qui ont déterminé le législateur ancien et moderne à introduire l'arbitrage dans les instances sociales. — Comme le disait Jousse et tous les anciens auteurs, comme le rappelle Locré, on a institué la juridiction arbitrale, pour abréger les délais et diminuer les frais des litiges engendrés par les sociétés. Ne serait-ce pas aller contre le vœu de la loi que de contraindre les parties à provoquer un nouvel arbitrage, et à perdre ainsi le temps consacré aux premiers débats et les honoraires payés aux premiers arbitres?

3° *Nécessités de la justice arbitrale*. — Avec le système restrictif, la justice arbitrale serait la source d'une foule d'inconvénients et deviendrait une véritable déception. Il dépendrait, en effet, d'une partie de rendre impossible la sentence définitive. Sachant l'imminence d'une condamnation, cette partie, après une exception, après un incident de procédure, en soulèverait un autre; le temps des arbitres se passerait à examiner ces moyens de forme, à statuer sur ces fins de non-recevoir, et les délais expireraient. — Puis, de nouveaux arbitres étant nommés, on recommencerait le même jeu, et l'on finirait par fatiguer la patience du créancier et celle du juge.

En supposant même que l'on parvînt à re-

pousser ce détestable système de chicane, il est un autre point de vue auquel on ne saurait donner trop d'attention. Ici nous rappelons ce que disait Locré dans sa consultation. Nous avons déjà parlé de la facilité d'éterniser l'affaire que le système du délai fatal donnerait au plaideur, mais il est un inconvénient plus grave encore; car si les arbitres ou le surarbitre, après un examen très long et très-équitable, avaient formé leur jugement à la veille de l'expiration du délai, si même ils n'avaient plus qu'à le rédiger, il suffirait que l'une des parties en fût informée pour qu'elle pût, à son gré, faire crouler tout ce qui aurait été fait et se soustraire ainsi à sa condamnation en refusant de proroger le délai.

4° *Réponse à deux objections. — Première objection.* — A ce dernier inconvénient très-réel, Pardessus répondait en des termes bien vagues; il disait : « Si quelques inconvénients naissent de ce qu'un long travail des arbitres sera en pure perte, et qu'une instruction nouvelle sera nécessaire devant les arbitres nouveaux, ils sont la suite de toutes les institutions humaines; *mais le désir de les prévenir ne doit pas porter à méconnaître les principes.*

» Le tribunal de commerce ne peut pas, à la demande de l'une des parties, proroger le délai parce que le législateur ne l'a pas voulu, parce qu'il a *pensé qu'une partie ne refuserait pas, sans de graves considérations*, à consentir à une prorogation devenue nécessaire par la force des choses et non par la faute des arbitres; parce que, si le tribunal était appelé à prononcer sur cette prorogation demandée par l'une, refusée par l'autre, *il faudrait entrer dans des détails, dans des explications qui ne seraient pas sans inconvénients.* »

Dans ce passage nous ne pouvons reconnaître la haute raison du savant professeur. Malgré notre profond respect pour lui, qu'il nous soit permis de relever ce qui nous semble des erreurs.

En premier lieu, les inconvénients du système restrictifs sont avoués : mais, dit-on, *le désir de les prévenir ne doit pas porter à méconnaître les principes* — Ici la discussion est portée sur un autre terrain. Dans le passage auquel il est fait allusion, Locré traite le chapitre des considérations; on avoue les abus qu'il signale, et on lui répond sentencieusement, non avec d'autres considérations, mais avec des déclarations de principes sur lesquels tout le monde est d'accord; Locré sait à merveille qu'il ne faut pas violer les principes; aussi prétend-il avoir, dès le début, démontré qu'ils militent en sa faveur.

En deuxième lieu, si une partie se refuse à une prorogation, ce n'est pas seulement parce qu'elle se décide *par de graves considérations* (c'est-à-dire probablement par l'oubli que les arbitres auraient fait de leur devoir), mais encore, et le plus souvent, par son intérêt personnel, qui est son plus puissant mobile. Ceux qui ont pu suivre le cours des débats devant la juridiction arbitrale savent que le mystère qui couvre l'opinion des arbitres n'est pas difficile à pénétrer : et certes, la crainte d'une condamnation imminente suffit pour expliquer un fâcheux refus.

En troisième lieu, on prétend que pour justifier devant les tribunaux de commerce l'urgence d'une prorogation, *il faudrait entrer dans des détails, dans des explications qui ne seraient pas sans inconvénients.*—Quels sont donc ces détails, ces explications que l'on prévoit et qui présentent des dangers? Pour obtenir la prorogation du tribunal de commerce, la marche est bien simple : il faudra lui dire que, par la maladie, l'absence des arbitres ou des parties, la perte de pièces nécessaires, la difficulté et le grand nombre des questions du procès, ou que par toutes autres circonstances indépendantes de la volonté des plaideurs et des juges, ce procès n'a pu être mené à fin dans le délai fixé : peut-être, pour déterminer le nouveau délai, objet de la prorogation, il sera utile de faire connaître, en substance, le point où se sont arrêtés les arbitres, mais, dans tout cela, nous n'apercevons aucun inconvénient qui mérite d'être signalé, et, dans tous les cas, ceux qui existent n'ont pas attiré l'attention du législateur, puisqu'il ne s'y est pas arrêté lorsqu'il s'est agi pour la première fois d'impartir le délai aux arbitres.

L'autre objection de Pardessus n'est pas mieux assise. — Il dit vrai lorsqu'il explique que *les arbitres remplissent non pas un acte de pure obligeance, mais une attribution légale et les fonctions mêmes des tribunaux de commerce;* mais il méconnaît la nature particulière de la juridiction arbitrale lorsqu'il ajoute d'une manière entièrement absolue, que *cette juridiction a son individualité, son indépendance, et que les juges de commerce n'ont aucune surveillance ni autorité à exercer sur elle.*

Oui, quand les arbitres ont jugé un procès, le tribunal de commerce ne peut le juger après eux : sur ce point les arbitres ont un pouvoir de première instance, qui ne relève que de la cour royale ou de la cour de cassation. Mais les arbitres ne tiennent pas leur pouvoir de la loi : quoique l'arbitrage soit forcé, en matière de société, les simples citoyens choisis par les parties, ou nommés par le tribunal de commerce pour statuer sur ces différends, ne font pas même momentanément partie de l'ordre judiciaire; leurs sentences sont sans force jusqu'à ce qu'une autorité constituée vienne leur imprimer la forme et le titre d'un acte exécutoire. — A la différence des tribunaux réguliers, ils ne peuvent rien par eux-mêmes : il leur faut le concours des magistrats en exercice. — Sous ce rapport, et quoique le président du tribunal de commerce

ne puisse refuser l'ordonnance d'*exequatur*, il est bien certain que le tribunal de commerce exerce sur le tribunal arbitral cette suprématie rationnelle qui appartient aux corps constitués.

D'ailleurs, comment les simples particuliers acquièrent-ils pour un instant le caractère de juges ? — Quelquefois par le choix des parties, mais souvent par la nomination du tribunal de commerce ou de son président. Qui détermine le délai dans lequel ils doivent statuer ? — Quelquefois les parties ; mais souvent encore le tribunal de commerce. En quoi donc serait-ce compromettre le caractère du juge arbitre, que d'autoriser à augmenter le délai le magistrat qui le donne ? — Ainsi l'on ne peut établir comme thèse absolue que le tribunal arbitral est entièrement indépendant du tribunal de commerce, puisque ce dernier le nomme, détermine le terme où ses pouvoirs expirent, et, par l'entremise de son président, donne à ses actes la force exécutoire.

Au surplus, Pardessus a modifié son opinion, qui dans l'origine consacrait ce système. — On lit, en effet, dans une ancienne édition de son *Cours de droit commercial* : « Le tribunal aurait » le droit, sur la demande d'une des parties, » avant l'expiration du délai de l'arbitrage, de » prononcer une prorogation qu'il reconnaîtrait » utile dans l'intérêt de tous. » (Tome V, n° 1414.) — Plus tard, et dans sa troisième édition de cet ouvrage, il substitue à ce passage un avis tout à fait opposé : « L'expiration de ce délai ne donnerait pas le droit, si les parties ne sont pas d'accord sur la prorogation, de porter la cause devant le tribunal de commerce. Il n'y aurait lieu qu'à convenir de la fixation d'un nouveau délai, ou de la nomination de nouveaux arbitres ; et le tribunal de commerce n'aurait pas droit, sur la demande d'une seule des parties, de proroger le délai. » (Tome V, n° 1414.)

Ce système, que la prorogation peut être prononcée par le tribunal de commerce, antérieurement à l'expiration du délai, est sanctionné par les autorités citées à la note ci-dessous [1].

34. — Maintenant il nous reste à examiner la seconde partie de la question : *Le tribunal de commerce peut-il prononcer la prorogation, lorsque le délai de l'arbitrage étant expiré, les parties ne sont pas d'accord sur cette prorogation ?*

Les détails dans lesquels nous venons d'entrer nous permettent de résumer notre opinion sur cette seconde difficulté en quelques mots seulement.

Nous n'hésitons pas à dire qu'en prononçant la prorogation dans cette hypothèse, le tribunal de commerce commettrait un véritable excès. Nous comprenons à merveille qu'aussi longtemps que l'arbitrage subsiste, et que les arbitres sont en fonctions, le tribunal puisse ajouter au délai qui leur fut accordé ; mais lorsque ce délai a pris fin, lorsque les arbitres ont vu leurs pouvoirs expirer avec lui ; lorsque, rentrant dans leur profession primitive, ils ont perdu leur qualité de juges temporaires, nous ne comprendrions plus une prorogation ; proroger, c'est accroître un germe encore existant, et non pas donner une nouvelle vie à une faculté perdue. — Or le tribunal arbitral, qui n'est point un tribunal régulièrement constitué, qui est nommé pour un temps limité, a cessé de participer à la puissance publique, quand il est parvenu à l'extrême limite.

Dans ce cas, comme l'a décidé la jurisprudence, la prorogation des pouvoirs des arbitres ne peut plus être que l'ouvrage de toutes les parties : il y a lieu ou à une nouvelle convention de leur part sur ce sujet, ou à l'introduction d'un nouvel arbitrage. — Remarquons en passant que les anciens arbitres pourront être renommés, aussi bien que d'autres arbitres, ainsi que l'a décidé avec raison un arrêt de la cour de cassation, du 14 juin 1831 (S.-V., 31, 1, 219) [2].

35. *Partage.*—La loi a prévu le cas où les magistrats ne pourraient s'accorder sur la décision à rendre, et déterminé les moyens à prendre pour vider le partage des opinions. — En matière d'arbitrage elle pouvait d'autant moins laisser cette circonstance en oubli, que trop souvent les arbitres juges, nommés par les parties, se croient les défenseurs nécessaires des intérêts de ceux qui les ont désignés. — L'art. 60 du Code de comm. dispose à ce sujet : « En cas de partage, les arbitres nomment un surarbitre, s'il n'est nommé par le compromis : si les arbitres sont discordants sur le choix, le surarbitre est nommé par le tribunal de commerce. »

36. *Récusation des arbitres.*— Il importe à un bon ordre de la justice que les personnes chargées de la distribuer offrent tous les caractères d'une complète impartialité. Ce principe, vrai toujours, est vrai surtout dans les arbitrages, où, comme nous venons de le dire, la partie choisis-

---

[1] Lyon, 11 mars 1826 (S.-V., 27, 2, 144) ; — cass., 28 mars 1827 (S.-V., 27, 1, 241). — cass., 14 juin 1830 (S.-V., 30, 1, 207) ; — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 171 ; — Thomine, n° 1228 ; — De Vatimesnil, *Encyclop. du droit*, v° *Arbitrage*, tome Ier, n° 72 ; — Despréaux, n° 590 ; — Orillard, n° 565 ; — A. Persil fils, *Sociétés comm.*, note sous l'art. 54 ; — Carré, *Lois de la proc. civ.*, quest. 3307.

En sens contraire : Bordeaux, 28 juin 1818 (S.-V., 18, 2, 243) ; — Toulouse, 12 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 213) ; — cass., 22 avril 1823 (S.-V., 23, 1, 291). — Dalloz, v° *Arbitrage*, page 372 et suiv. ; — Malepeyre et Jourdain, *Des sociétés commerciales*, titre IV, chap. IV, § 1er ; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 75.

[2] Bordeaux, 28 juin 1818 (S.-V., 18, 2, 243) ; — Toulouse, 12 avril 1823 (S.-V., 23, 2, 213) ; — Colmar, 17 juill. 1832 (S.-V., 32, 2, 649). — Despréaux, n° 590 ; — Orillard, n° 565 ; — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 171 ; — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 75.

Voir cependant, en sens contraire, cass., 3 août 1825 (S.-V., 26, 1, 96).

sant elle-même son juge, consulte ses relations et ses intérêts intimes en faisant sa nomination. Il faut donc que les arbitres qui sont de véritables juges, des juges spéciaux, substitués aux magistrats des juridictions consulaires, puissent être récusés quand ils ne réunissent pas les garanties essentielles d'une parfaite indépendauce.

On l'a si bien senti, qu'à l'occasion de l'arbitrage volontaire, on a admis la récusation; dans l'arbitrage forcé, auquel la disposition de l'article 1014 ne paraît pas applicable, le principe de la récusation se trouve dans l'art. 378 du Code de proc., qui commence en disant : « *Tout juge* peut être récusé..... » Or, l'arbitre est un juge [1].

Dans l'arbitrage volontaire, les arbitres étant nommés par compromis signé des deux parties, chacune d'elles est présumée avoir contribué à la nomination de tous les arbitres : aussi l'on suppose qu'elles ont connu les causes de récusation antérieures à ce compromis, et qu'elles ont renoncé à s'en prévaloir. C'est pour cela que l'art. 1014 n'admet comme causes pertinentes de récusation que celles survenues depuis la nomination. En arbitrage forcé il en est autrement. La juridiction arbitrale est subie et non pas acceptée : le choix du juge ne peut non plus être répudié; aussi nous pensons qu'en tout état de cause, et jusqu'au moment où la marche du litige n'en fait pas supposer l'abandon, toutes les causes de récusation, quelle que soit l'époque de leur survenance, doivent être accueillies.

Ces arbitres n'ayant pas de greffier, c'est à leur personne que l'acte de récusation doit être notifié.

En général la récusation doit être examinée par le tribunal dont le récusé fait partie. Mais, il ne faut pas l'oublier, les arbitres, qui n'ont pas de caractère public, n'ont qu'une mission strictement limitée à la solution des difficultés sociales à eux soumises.—Dès lors ils ne jugent point leur propre récusation, qui est étrangère au fond du débat. C'est devant le tribunal auquel ils sont substitués que cet incident est porté. Or, comme la juridiction arbitrale est, dans l'arbitrage forcé, un démembrement de la juridiction consulaire, c'est celle-ci qui doit être saisie [2].

37. *Dépôt, ordonnance d'*exequatur *de la sentence arbitrale.* — Les arbitres, n'ayant pas reçu l'investiture du souverain, n'ont pas le droit de revêtir leur sentence des formes solennelles qui lui donnent force d'exécution. L'art. 61 du Code de comm. dit les formalités à remplir pour que les agents de l'autorité publique soient tenus de prêter main-forte à cette exécution : « Le jugement arbitral est motivé;

» Il est déposé au greffe du tribunal de commerce ;

« Il est rendu exécutoire sans aucune modification, et transcrit sur les registres en vertu d'une ordonnance du président du tribunal, lequel est tenu de la rendre pure et simple, et dans le délai de trois jours du dépôt au greffe. »

38. On s'est demandé si les parties ne pouvaient, par l'extension du pouvoir des arbitres, modifier le caractère de l'arbitrage. Par exemple lorsque, dans l'acte de société ou dans un compromis postérieur, elles stipulent que la sentence à intervenir sera souveraine, sans appel, recours en cassation, ni requête civile, le dépôt doit-il être effectué au greffe du tribunal de commerce, conformément à l'art. 61, ou, au contraire, au greffe du tribunal de première instance, conformément à l'art. 1020 du Code de proc.? — La jurisprudence et la doctrine n'admettaient pas de doute, et décidaient que les termes de l'art. 61 ne permettaient pas une distinction repoussée d'ailleurs par la nature de l'arbitrage.

Mais quand les arbitres sont constitués amiables compositeurs, dispensés des formes et délais de droit, autorisés à juger suivant les circonstances de l'équité, la difficulté était plus sérieuse. Les arrêts des cours royales et la cour de cassation voyaient dans une pareille convention une modification complète de l'arbitrage : ils décidaient que l'étendue des pouvoirs des arbitres devenait alors si considérable, que l'obligation pour les associés de soumettre leurs différends à un arbitrage était en quelque sorte absorbée par l'accessoire qu'on y rattachait, et s'effaçait devant lui. — En conséquence, la jurisprudence tenue pour constante permettait le dépôt au greffe du tribunal de première instance.

Cependant, un arrêt de la cour de cassation, rendu toutes chambres réunies le 15 mai 1838 (S.-V., 38, 1, 398), a renversé ce système, et décidé que, dans aucune hypothèse, il ne pouvait y avoir dégénérescence de l'arbitrage forcé en arbitrage volontaire. — Depuis lors les principes posés par cette solennelle décision ont été généralement suivis.

39. Le président du tribunal de commerce ne peut, même pour cause d'atteintes que la sentence porterait à l'ordre public et aux bonnes mœurs, se refuser à rendre l'ordonnance pure et simple d'*exequatur*.—Cela résulte des termes mêmes de l'art. 61 [3].

40. A défaut de tribunal de commerce, le dé-

[1] Cass., 18 déc. 1828;—cass., 8 fév. 1832 (S.-V., 32, 1, 672).—Carré, *Lois de la proc.*, nº 3318; — Berriat, titre *de l'Arbitrage*, note 20;—Thomine, nº 1234; — Pardessus, nºs 1394 et 1413;—Bioche, vº *Arbitrage*, nº 198;—Despréaux, nº 566;—Persil fils, page 287.

[2] Paris, 30 déc. 1813 (Dalloz, tome 1er, vº *Arbitrage*, tome II, page 344). — Goubeau de la Bilennerie, tome II, page 116;—Persil fils, page 288.

[3] Rennes, 25 juill. 1810 (Dalloz, tome II, page 479).—Berson, nº 110.

pôt est fait au greffe du tribunal de première instance, qui en fait les fonctions et réunit ses attributions aux siennes.

41. Les difficultés qu'engendre l'exécution de la sentence sont du ressort du tribunal civil : les tribunaux de commerce, ne pouvant connaître de l'exécution de leurs jugements, sont *a fortiori* incompétents pour statuer sur celle des jugements rendus par une juridiction qui remplit leurs pouvoirs [1].

42. *Voies de recours contre le jugement arbitral.* —Les arbitres forcés, étant considérés par la loi comme de véritables juges, forment pour les contestations entre associés une sorte de tribunal de commerce spécial. — De ce principe il résulte que leurs sentences peuvent être attaquées par les voies de recours accordées contre les jugements ordinaires, c'est-à-dire l'appel et le pourvoi en cassation.

Néanmoins l'art. 52 du Code de comm. ne mentionnant que ces deux moyens de réformation, et se taisant sur l'opposition, quand la décision est par défaut, on a conclu que cette opposition n'était pas admissible.

L'appel est porté devant la cour royale dans le ressort de laquelle est situé le tribunal qui a nommé les arbitres, ou qui les aurait nommés si les parties elles-mêmes ne s'étaient entendues sur leur choix.

Il ne peut exister d'appel que dans les contestations dont le taux excède la compétence des tribunaux de commerce, c'est-à-dire lorsque l'objet du litige est supérieur à 1,500 fr.

43. *La requête civile est-elle ouverte contre les sentences arbitrales?*

Merson, n° 114, page 106, et Moulgalvy, *Analyse du Code de commerce*, page 82, soutiennent la négative en invoquant l'art. 52 du Code de comm. qui garde le silence sur cette voie de recours.

Carré, n° 3373, — de Vatismenil, *Encyclopédie du droit*, v° *Arbitrage*, n° 301, — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 522, — Devilleneuve, *Dict. du content. comm.*, v° *Arbitrage forcé*, n° 92, page 57, — Malepeyre, page 439, — Pardessus, n° 1407, soutiennent, au contraire, que l'art. 52 ne s'occupe que des voies ordinaires de recours ; que dès lors le tribunal arbitral étant un véritable tribunal de commerce, les moyens extraordinaires qui peuvent amener la reformation des jugements rendus par la juridiction consulaire sont également ouverts. — Ce système a été sanctionné par plusieurs arrêts (voir à la note) [2].

Suivant l'art. 1026 du Code de proc., qui, dans ce dernier système, serait applicable aux arbitrages forcés, la requête civile sera portée devant le tribunal, qui eût été compétent pour connaître de l'appel. — Comme dans aucune hypothèse les tribunaux de commerce ne seraient compétents pour en connaître, nous ne saurions entrer dans cette controverse sans sortir des bornes de cet ouvrage.

44. *Y a-t-il ouverture contre les arbitres forcés à prise à partie?*

Oui, les arbitres forcés sont des juges, et l'article 505 du Code de proc. permet cette attaque personnelle contre tous juges [3].

45. *La tierce opposition est-elle admissible contre les sentences arbitrales?*

Non : suivant l'art. 1022 du Code de proc., les jugements arbitraux ne pouvant, en aucun cas, être opposés à des tiers, ces tiers n'ont pas besoin pour repousser leur application de les attaquer par une demande principale [4].

46. *Les sentences des arbitres forcés peuvent-elles être attaquées par voie d'opposition à l'ordonnance d'exequatur et de demande en nullité?* — En d'autres termes, *l'art. 1028 du Code de proc. s'applique-t-il aux arbitrages forcés?*

Quid *quand les parties, renonçant à l'appel, au pourvoi en cassation et à la requête civile, ont constitué les arbitres amiables compositeurs?*

Ainsi que nous avons eu plusieurs fois l'occasion de le rappeler, les arbitres forcés sont de véritables juges, décidant en première instance les contestations sociales et faisant l'office des tribunaux du commerce. A ce titre, il est difficile de comprendre que la juridiction à laquelle ils sont substitués et qui a des pouvoirs de semblable nature, ait la faculté de reviser et de détruire les jugements rendus par ces arbitres. — Aussi, une imposante jurisprudence tient pour constant qu'en thèse générale, il ne saurait y avoir lieu à frapper les sentences arbitrales d'une demande en nullité et d'une opposition à l'ordonnance d'*exequatur* [5].

On a été plus loin, on a décidé que même lorsque les parties avaient renoncé à l'appel, la voie de l'opposition n'était pas recevable [6].

Mais quand les parties ont renoncé à toute

---

[1] Rennes, 13 déc. 1809.

[2] Besançon, 18 déc. 1811 (Dalloz, tome 11, page 404); — Lyon, 31 août 1825 (S.-V., 26, 2, 198); — Colmar, 26 mai 1833 (S.-V., 34, 3, 5). *Voy.* Orillard, n° 568.

[3] Cass., 7 mai 1817 (S.-V., 17, 1, 247; Dalloz, 2, 346); — Despréaux, n° 600; — Bioche, v° *Arbitrage*, n° 522; — Merson, n° 52; — Poncel, *des Jugements*, n° 595; — De Vatimesnil, n° 198; — Mongalvy, n° 208; — Goubeau de la Bilennerie, tome 11, page 116; — E. Persil fils, page 287. *Voy.* Orillard, n° 569.

[4] Carré, *Lois de la proc.*, n° 3367; — Merson, page 103; — Mongalvy, *Analyse raisonnée du Code de comm.*, n° 483; — Devilleneuve, v° *Arbitrage forcé*, n° 94.

Voir cependant, en sens contraire, Pardessus, n° 1417.

[5] Rennes, 26 juill. 1810 (S.-V., 12, 2, 409); — Turin, 8 mars 1811 (S.-V., 11, 2, 409); — cass., 30 déc. 1812 (S.-V., 13, 1, 415); — Bourges, 23 janv. 1824; — Grenoble, 8 mars 1824; — Paris, 6 août 1824 (Dalloz, 2, 481); — Bourges, 19 fév. 1825 (S.-V., 26, 2, 72); — cass., 7 mars 1832 (S.-V., 32, 1, 41); — Toulouse, 20 mai 1833 (S.-V., 34, 2, 201); — cass., 18 fév. 1838 (S.-V., 38, 3, 889); — Limoges, 14 fév. 1833 (S.-V., 33, 2, 238). — Carré, *Lois de la proc.*, n° 3375; — Pardessus, n° 1417; — Orillard, n° 571; — Bioche, n° 524; — Despréaux, n° 597; Goubeau de la Bilennerie, tome 11, page 245; — Persil fils, page 250. (Brux., 18 janvier 1844; *J. de Br.*, 1844, page 515.

En sens contraire : cass., 22 avril 1823 (S.-V., 23, 1, 228); — cass., 2 mai 1827 (S.-V., 27, 1, 290); — Aix, 6 mars 1829 (S.-V., 29, 2, 303). — Paris, 16 août 1832 (S.-V., 32, 2, 545); — Paris, 9 mai 1833 (S.-V., 34, 2, 201); — Aix, 30 mai 1833. S. 34, 201.

[6] Cass., 26 mai 1813 (S.-V., 14, 1, 4); — cass., 28 août 1829 (S.-V., 29, 1, 485); — Toulouse, 30 mai 1833 (S.-V., 34, 2, 202).

espèce de recours et ont investi les arbitres de pouvoirs souverains, la question devient plus grave et rentre dans celle de savoir si le mélange de la volonté des parties et des dispositions de la loi a fait dégénérer l'arbitrage forcé en arbitrage volontaire [1].

47. Toutes ces difficultés sur l'exécution des sentences arbitrales seraient du domaine d'un traité sur l'arbitrage. Examinant ici les seules règles de la compétence des tribunaux de commerce, c'était pour nous un devoir de résumer en quelques mots les diverses questions qui s'y rattachent, et de réserver à d'autres le soin d'éclairer celles qui sont étrangères à notre sujet.

CINQUIÈME SECTION.

De l'exploitation des mines.

SOMMAIRE.

1. Position et gravité de la question de savoir si l'exploitation des mines est commerciale.
2. Texte de l'article 32 de la loi du 21 avril 1810.—Cette disposition donne naissance à trois systèmes.
3. Le *premier système* consiste à soutenir que la loi de 1810 ne s'applique qu'au cas où le concessionnaire exploite lui-même et que l'exploitation faite par une société est nécessairement commerciale. — Discussion de ce système, qui ne peut être admis.
4. *Deuxième système.* — Quand la société formée pour l'exploitation des mines emprunte les formes commerciales, est-elle nécessairement commerciale?—Duvergier, Troplong, Delangle et Orillard soutiennent, en thèse générale, que les sociétés puisent leur caractère dans leur objet.—Premier état de la jurisprudence conforme à cet avis.
Discussion en sens contraire. — C'est dans sa forme aussi bien que dans son objet que la société puise son caractère. — Au surplus, notre dissentiment avec Delangle et Troplong n'est qu'apparent : ces auteurs, à côté du principe admis par eux, placent une exception qui se rapproche de notre opinion. — Jurisprudence conforme. — Citation du texte d'un arrêt de la cour de Paris.
5. *Troisième système.* — L'émission d'actions au porteur ou à ordre est-elle contraire à l'essence des sociétés civiles? — Rend-elle, malgré les stipulations contraires du contrat, l'association commerciale? — Citation de Delangle, qui soutient l'affirmative.
6. Plan de ma discussion en sens contraire.
7 et 8. Discussion approfondie ayant pour but de démontrer que les sociétés qui ne sont pas organisées en sociétés commerciales, et qui ne se sont pas qualifiées telles, ne deviennent pas commerciales par cela seul que leur capital est divisé en actions au porteur.
9. Jurisprudence, opinion des auteurs dans le sens des deux opinions.

1. *L'exploitation des mines est-elle un acte de commerce? Doit-on réputer commerciale la société formée pour cette exploitation?*

En conséquence, les tribunaux de commerce sont ils compétents pour connaître des contestations qui peuvent naître de ces sociétés?

Ces questions sont d'une extrême gravité : amenant parmi les auteurs les plus estimés de vives controverses, elles ont divisé les cours de justice en deux camps opposés, et, dans l'état actuel des choses, il est difficile de prévoir quel système doit triompher en dernière analyse.

Il est indispensable, avant d'entrer dans ce débat, d'exposer les diverses péripéties de la difficulté.

2. L'art. 32 de la loi du 21 avril 1810, qui domine le sujet, déclare que « l'exploitation des » mines n'est pas considérée comme un com» merce, et n'est pas sujette à patente. »

Lorsque l'on a voulu s'armer de cette disposition pour attribuer un caractère purement civil à toute exploitation des mines, c'est alors que le dissentiment a surgi. — Trois systèmes différents ont successivement trouvé leurs défenseurs.

Examiner séparément chacune de ces hypothèses, ce sera traiter à fond le point de la difficulté.

3. *Premier système.* — De nos jours, l'exploitation des mines est indispensable à l'essor de l'industrie : soit que la vapeur fasse mouvoir les puissantes machines des manufactures, soit qu'avec la rapidité de l'éclair elle emporte

[1] Voir, à ce sujet, ce que nous avons dit *supra*, n° 38.

les voyageurs sur les eaux ou sur les chemins de fer, elle a besoin, pour se produire, de l'aliment que lui offrent les houilles. C'est donc une entreprise d'intérêt public que celle qui a pour but d'arracher aux entrailles de la terre les minerais qu'elle renferme. — Mais les dépenses énormes qu'exigent ces immenses travaux ne peuvent être faites que par les possesseurs de grands capitaux. Or, ces grands capitalistes, pour lesquels la vie est si tranquille et si douce, voudront-ils échanger leur opulente oisiveté contre les soucis d'une opération laborieuse et coûteuse? Et s'ils étaient disposés à courir ces chances de perte, consentiraient-ils à être assimilés à des marchands, et à ce titre à voir devant eux la perspective d'une faillite? — Le législateur, pour éviter cet écueil, pour attirer les capitaux, a disposé en faveur des concessionnaires des mines que leur exploitation ne pourrait être considérée comme un commerce.

Mais, a-t-on dit, si le concessionnaire se dépouille de sa propriété, si elle est acquise par une société dont le but est de revendre en détail ce qu'elle a acheté en bloc, alors il devient juste de faire une distinction. La loi de 1810, sainement entendue, déclare étrangère au commerce l'exploitation faite par le concessionnaire lui-même; mais elle n'étend pas le même privilége à l'opération faite par une collection d'individus autres que les concessionnaires et réunis en société. Dès lors, cette société ayant pour objet de revendre des choses mobilières, des marchandises, est au fond essentiellement commerciale, quelle que soit d'ailleurs la forme de son organisation.

Ce système, dont on trouve la trace dans des phrases isolées de quelques arrêts et de quelques auteurs [1], est aujourd'hui généralement repoussé; en voici les raisons, que nous indiquons, parce qu'elles ont de l'importance pour le point sérieux de la difficulté.

D'abord c'est un principe de droit bien ancien et bien juste, que celui qui ne permet pas que l'on distingue là où la loi ne distingue pas. L'art. 32 de la loi de 1810 est conçu dans les termes les plus explicites et les plus absolus: « L'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, et n'est pas sujette à patente. » Rien ici n'indique dans la pensée du législateur la volonté de faire une distinction entre l'exploitation du concessionnaire et celle de ses ayants droit. — N'allons donc pas plus loin que lui.

Son silence n'est pas seul expressif: sa pensée ressort claire et positive d'une autre disposition de la même loi.

[1] Voir un passage de l'arrêt du 30 avril 1828, que nous citerons plus bas. — Delangle, *des sociétés commerciales*, nos 34 et suiv.

L'art. 8 détermine la nature des mines: dans le § 1er il dit: «Les mines *sont immeubles*. » Dans le 5me § il ajoute: « *néanmoins les actions* ou » intérêts *dans une société* ou entreprise pour » l'exploitation des mines sont réputées meu» bles, conformément à l'art. 529 du Code civ.» Puis, l'art. 9 termine sur ce point, en disposant que « sont meubles, les *matières extraites*, les ap» provisionnements et autres objets mobiliers.»

Enfin, l'art. 13 dispose expressément que la concession d'une mine peut être accordée à un individu *agissant en société*.

Ainsi la possibilité de l'exploitation par une société n'a pas échappé, au législateur; il s'en est spécialement occupé et, tenant compte de cet élément, dans un article postérieur, dans l'art. 32, développant le germe qu'il venait de poser dans les art. 8 et 9, il prescrit aux parties, au public, aux magistrats de ne voir dans l'exploitation des mines auxquelles il a déjà consacré 31 articles, qu'une opération purement civile.

Par conséquent, sous ce premier rapport, il n'y a point de distinction possible.

Cela est encore vrai sous un autre rapport. Nous venons de dire que l'art. 32 développait le germe déposé dans les art. 8 et 9, et nous allons le prouver.

Lorsque nous avons défini les actes de commerce, 2me part., liv. II, ch. 1er, no 2, avec les dispositions de la loi, avec l'autorité de la doctrine et des monuments de la jurisprudence, nous avons expliqué que les spéculations sur l'achat et la revente des immeubles ne pouvaient être réputées commerciales. Les denrées et marchandises, c'est-à-dire les choses mobilières, sont seules les objets sur lesquels s'étendent les actes de commerce.

Que fait le législateur de 1810? Il consacre, par une nouvelle application, cette règle fondamentale. — Dans l'art. 8, il commence par reconnaître aux mines le caractère immobilier; puis, comme conséquence nécessaire, il dit dans l'art. 32, et il doit le dire, que l'exploitation de cette propriété immobilière est une entreprise purement civile.

Voilà le principe: voyons le fait.

Lorsque le concessionnaire dispose en faveur d'une société, de la concession que l'État lui a accordée, que vend-il et qu'achète cette société? — La mine elle-même, une masse compacte qu'il faut briser, et extraire des profondeurs du sol, c'est-à-dire un véritable immeuble.

Comment donc est-il possible de soutenir qu'en faisant cette unique acquisition et en l'exploitant, la société se livre à une opération de négoce? C'est cependant l'erreur dans laquelle est tombé un esprit élevé. — Après avoir reconnu qu'entre les mains du concessionnaire la mine est un immeuble, par une singulière déviation, Delangle soutient qu'entre les mains des associés, ses ayants droit, cette mine devient

mobilière. « *Au fond*, la société est commerciale, dit-il (page 43), puisque l'objet de ses spéculations est essentiellement commercial, c'est-à-dire mobilier, d'une transmission facile, et ne réclamant point l'application du droit civil. »

Non, l'objet des spéculations, c'est-à-dire le bloc de houille, la mine, dont l'ensemble forme l'objet social, n'est point essentiellement mobilier, et d'une transmission facile. Une chose ne change pas de nature, parce que la propriété en appartient à un individu isolé, ou à une collection d'individus, à un être moral appelé société.

Il peut exister quelque chose de mobilier sans doute, et voici ce que ce serait. — L'art. 9 de la loi de 1810 nous l'explique. Lorsque l'exploitation a commencé, lorsque le concessionnaire lui-même, on toute autre personne, creusant le sol, ouvrant des puits, a, par les efforts de ses ouvriers, détaché des parcelles de la masse compacte, et les a extraites, alors ces parcelles extraites, choses tangibles, deviennent mobilières : « sont meubles les matières extraites, » lisons-nous dans l'article précité. Oh! si une société se formait pour acheter et peur revendre, non plus la mine elle-même, mais *les matières extraites*, la spéculation porterait non plus sur l'immeuble, mais sur les choses mobilières, sur des marchandises, et il y aurait entreprise de trafic.

Ceci n'est pas notre espèce.

Il en est ainsi pour tous les immeubles. — Dans les villes, les maisons, qui sont des immeubles, sont édifiées avec des matériaux qui, détachés de l'édifice, retournent à l'état mobilier. — Dans les campagnes, les terres, qui sont également immobilières, produisent des fruits, qui, récoltés, deviennent mobiliers. — S'il est vrai, et on l'avoue, qu'une société achetant des maisons, des propriétés rurales, passe un contrat civil, quoiqu'en définitive elle doive revendre en détail des productions mobilières qu'elle recueillera, de même on doit reconnaître la même nature au contrat que forme la société achetant cet immeuble particulier appelé *mine*, dont, par l'exploitation, elle va extraire des choses mobilières.

Enfin, qu'on le remarque, cette distinction entre le concessionnaire et la société qui est à ses droits méconnaîtrait le but fondamental de la loi de 1810. — Oui, cette loi a voulu attirer les capitaux vers ces riches exploitations sans lesquelles l'essor de l'industrie se trouverait arrêté. Oui, on a voulu les rassurer contre l'effroi qu'inspirait la commercialité et la faillite. Et, comme l'exploitation directe du concessionnaire est le cas le plus rare, la loi aurait manqué son but si elle ne s'était pas montrée soucieuse des intérêts des associations.

Sur ces points, concluons :

En premier lieu, non-seulement l'exploitation d'une mine ne rentre pas dans la catégorie des actes réputés commerciaux par l'art. 632 du Code de comm., mais elle s'en écarte : 1° par la nature immobilière de la chose exploitée ; 2° par les prescriptions formelles de la loi de 1810.

En deuxième lieu, le caractère du fait est indivisible : le nombre des intéressés, la qualité dans laquelle ils agissent, ne le modifie pas, et *au fond* l'opération est de nature civile.

4. Maintenant, voyons l'influence que *la forme* des sociétés peut exercer sur la solution du débat.

Deuxième système. — Si la société emprunte à la loi commerciale ses formes spéciales ; — si elle-même, dans ses statuts, se qualifie de société en nom collectif, en commandite, ou anonyme ; — si, en réalité, elle a rempli toutes les formalités prescrites ; — si, en cette qualité, elle s'est révélée aux tiers, la forme ne doit-elle pas emporter le fond? L'acte ne sera-t-il pas commercial sous ce nouveau rapport?

Cette question est très-grave et, comme nous l'avons indiqué dans la précédente section, n° 6, c'est ici le moment de nous y arrêter un instant.

Duvergier, dans son *Traité des sociétés*, n°s 481 et suiv., s'exprime ainsi : « Ce qui imprime aux sociétés le type commercial, c'est la nature de leurs opérations. On a pourtant soutenu, dans ces derniers temps, que la forme qui leur était donnée avait de l'influence sur leur caractère ; et que telle société, n'ayant pour objet que des actes purement civils, serait à bon droit tenue pour commerciale si elle était organisée sur le plan d'une société en commandite, surtout d'une commandite par actions...... Cette opinion me paraît erronée. »

Troplong définit aussi les sociétés commerciales : « Ce sont celles qui sont formées pour exercer un commerce ou pour faire des actes de commerce. C'est leur but qui leur imprime le caractère commercial. — Toutes les autres sociétés sont des sociétés civiles. » (*Commentaire sur les sociétés*, n° 317.)

Delangle, après avoir transcrit les art. 632 et 633 du Code de commerce, dit : « Tel est le cercle dans lequel se meut invariablement la société commerciale. Tout autre fait appartient à la loi civile, et ne peut être la matière que d'une société civile.

» 27. Peu importe, d'ailleurs, la qualification donnée par les parties à la convention qui les lie, les dénominations ne peuvent pas plus conférer à une société purement civile le caractère et les effets de la société commerciale, qu'elles ne peuvent transformer une société commerciale en société civile. » (*Des sociétés commerciales*, n°s 26 et 27.)

Ainsi, suivant Delangle, la dénomination n'est rien, la réalité du fait est tout. En d'autres termes, la forme est indifférente et le type social est emprunté à la seule nature des opérations. — Nous allons bientôt voir ce principe abandonné.

Orillard est aussi absolu dans son opinion : « On se tromperait, dit-il, si, prenant au pied de la lettre ce texte de loi, on pensait que, pour être commerciale, il suffit qu'une société soit constituée en nom collectif, en commandite, ou qu'elle soit anonyme. Ce qui fait reconnaître et distinguer le caractère commercial ou civil de l'être moral appelé société, ce n'*est pas la forme* que revêt le pacte social, c'est le but auquel tend la société, c'est la nature de l'industrie qu'elle exploite. — Le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. — La société commerciale est celle qui se livre habituellement à l'exercice des actes de commerce. » (*Compétence des tribunaux de commerce*, chap. 85, n° 531.)

La jurisprudence a penché d'abord vers cette opinion. Elle a décidé :

1° Que la société formée par *actions au porteur* pour la perception et la répartition des péages d'un pont n'est point commerciale. — La division du capital en actions au porteur n'est pas exclusive d'une société civile, si d'ailleurs, au fond, il n'existe pas d'opérations de commerce [1].

2° Qu'il en est de même quand il s'agit de la construction d'un marché par une société, dont le capital est divisé en actions au porteur [2].

3° Qu'il en est également ainsi pour les sociétés par actions ayant pour objet d'acheter et de revendre des immeubles [3].

« Attendu, dit ce dernier arrêt, que les ventes » d'immeubles, n'étant pas placées par l'art. 632 » du Code de comm., au nombre des actes de » commerce, les associations, pour une spécula- » tion purement civile, ne changent pas la na- » ture de cette opération. »

Malgré notre respect pour ces autorités, nous ne saurions y déférer et accepter leur avis comme un principe absolu.

Suivant nous, les contrats subissent les conséquences, non-seulement de leur nature intrinsèque, mais encore celle de leur forme extrinsèque. Plusieurs fois nous avons vu et nous verrons le législateur déclarer commerciaux des faits qui, en eux-mêmes, ne reposent pas sur des opérations de négoce proprement dites.

Pour lui, dans ce cas, la commercialité se trouve dans l'emploi des formes et moyens mis au rang d'actes de commerce. Ainsi, en elle-même, la circonstance de faire parvenir de l'argent d'un lieu dans un autre lieu n'a rien qui se rapproche de la classe des spéculations. Qu'un individu prie par *lettre missive* un individu de Lyon de payer en cette ville une certaine somme, dont, à son tour, il tiendra compte à Paris, il donne un mandat purement civil. Mais que ce même individu recoure à l'emploi d'une *lettre de change*, comme la négociation des lettres de change suppose l'emploi du concours de commerçants, comme elles sont le plus souvent employées par ceux-ci pour le règlement de leurs opérations, la remise d'argent ainsi faite est, par la forme extérieure du titre qui la contient, réputée commerciale, alors même qu'elle est consommée par un simple particulier et pour cause entièrement civile ; c'est ce qui fait dire à l'art. 632 du Code de comm. : La loi répute acte de commerce, entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place.

Ce que la loi dit de la commercialité nécessaire de lettres de change, elle nous paraît le dire également des sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes. — Dans toutes ses dispositions, elle a en vue de protéger les tiers contre les tromperies que peuvent tenter ceux qui contractent avec eux. Or, la forme de ces sociétés indiquant presque toujours une intention de négoce, les tiers auraient pu tomber dans des erreurs fâcheuses si les associés étaient admis à contester la commercialité de leur association, en évoquant la nature civile de l'objet de son exploitation.

Nous disons que la loi en dispose ainsi, parce que dans son art. 19 elle tient formellement pour commerciales les sociétés qu'elle énumère. On ne saurait interpréter autrement son esprit : si elle n'avait pas entendu que la forme serait ici déterminante, au lieu de s'exprimer ainsi : « La loi *reconnaît* trois espèces de *sociétés commerciales* : la société en nom collectif,— la so- » ciété en commandite,—la société anonyme, » l'art. 19 aurait supprimé cette définition et déclaré purement et simplement que la loi reconnaît pour sociétés de commerce celles qui font habituellement des opérations de commerce.

En accueillant un autre système, on soulèverait à chaque instant des difficultés de toute nature. — D'abord les parties plaideraient pour déterminer la qualification réelle de la convention ; — puis elles discuteraient pour savoir si les règles du Code civil ou celles du Code de commerce dominent le contrat. Enfin, si le magistrat réputait civile, à cause de son but, une société contractée sous la forme commanditaire, le plus souvent il ne pourrait faire l'application des principes du droit civil, qui sont en opposition directe avec ceux de la société en commandite.

En définitive, les parties ont le droit de commercialiser leurs associations. Ces conventions n'ont rien d'illicite, car si elles aliènent leur liberté, elles agissent dans le cercle des formes empruntées à la loi elle-même. — Si ces parties sont désireuses d'éviter les conséquences atta-

[1] Cass., 22 août 1820 (S.-V., 21, 1, 372).
[2] Paris, 11 déc. 1830 (S.-V., 31, 2, 282).
[3] Cass., 14 déc. 1849.

chées aux actes de commerce, elles doivent, lorsqu'elles poursuivent en association une opération civile, se soumettre à n'employer que les moyens d'exécution tolérés ou énoncés dans la loi commune et constituer leur association sur les bases qu'elle indique. Quand elles recourent à des formes et à des moyens commerciaux, quand elles se constituent en une société *qualifiée* commerciale par la loi, elles ne sauraient répudier la position qu'elles ont prise, et se plaindre des conséquences rigoureuses des actes dont elles ont volontairement réglé la forme et par conséquent les effets.

Au surplus, hâtons-nous de le dire, Delangle, dans le passage que nous avons cité, enseignait un principe général, mais il sentait à merveille que les faits doivent le modifier, et il s'empresse de le déclarer. Au fond, notre opinion est analogue à celle qu'il manifeste, seulement notre pensée va plus loin que la sienne. Pour lui, le principe est ceci : *Le but de l'association détermine son caractère.* — L'exception est ceci : *La volonté des parties et la forme de la société peuvent faire fléchir le principe et agir sur le caractère du contrat.*

Pour nous, la commercialité des sociétés ressort de deux règles aussi essentielles l'une que l'autre : 1° *Au fond, est commerciale la société qui, malgré l'apparence du contrat, fait profession habituelle de se livrer au négoce.* C'est l'application des art. 1er et 632 du Code de comm. — 2° *En la forme, est commerciale la société dans laquelle les associés, abdiquant leur qualité civile, ont constitué régulièrement et complétement leur association en nom collectif, en commandite ou anonyme.* C'est l'application de l'art. 19.

Quoi qu'il en soit, voici en quels termes Troplong s'exprime à ce sujet : « Si les concessionnaires, se réunissant en société, déclarent, par une manifestation expresse de volonté, que leur société est une société commerciale, et non pas une société civile, cette volonté est légale, elle sortira à effet. On ne serait pas reçu à venir soutenir après coup que la société n'a pu être dépouillée de son caractère civil.... Je soutiens que les concessionnaires sont maîtres de renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810. Pour augmenter leurs moyens d'exploitation et leur crédit, ils ont pu se constituer commerçants et s'assujettir à toutes les obligations d'une profession ouverte à tout le monde. — Avant la loi de 1810, l'exploitation des mines était considérée en général comme un commerce; on voyait en elle une industrie dont le but était de livrer à la consommation des produits marchands. Depuis, le législateur, voulant diriger vers cette industrie les capitaux civils et lui associer des personnes que leur position et leurs idées éloignent purement du commerce, en a fait une industrie purement civile ; mais il ne résulte pas de cette innovation que les parties, mues par un grand intérêt, ne puissent se placer sur un terrain moins privilégié et assumer la grave responsabilité qui s'attache à la qualité de commerçant. *Convenances vainquent la loi*, dit Loysel [1]. » (*Des sociétés*, n° 331.)

La jurisprudence consacre aujourd'hui ce système. — Sans retomber dans les généralités, il faut analyser les arrêts rendus en matière d'exploitation des mines.

1° En 1826, société en nom collectif en commandite, par actions, pour l'exploitation des mines de Lardin : raison sociale Royère, Brard et compagnie. — Procès dans lequel il s'agit de savoir si la société est civile ou commerciale [2].

2° Même solution dans l'affaire des mines des Ragny et des Perrin [3].

3° Même solution, affaire des mines d'Unieux et Fraisse [4].

Voici le texte de ce dernier arrêt :

« Considérant que si, aux termes de l'art. 32 de la loi du 21 avril 1810, l'exploitation des mines n'est point par sa nature un acte de commerce, et n'est point sujette à patente, il n'en résulte point que les concessionnaires d'une mine ne puissent, *par la forme* de l'association qu'ils jugent convenable d'adopter, *imprimer à cette exploitation le caractère commercial ;*

» Considérant qu'*une société en commandite est essentiellement et ne peut être qu'une société commerciale, quel que soit l'objet auquel elle s'applique*, et que, dans l'espèce, c'est une société en commandite que l'acte du 9 janvier 1838 avait établie pour l'exploitation des mines de houille d'Unieux et Fraisse, sous la raison Imar de Villeneuve et compagnie,

» Rejette l'exception. »

J'ai transcrit cet arrêt, d'abord parce qu'il est fortement rédigé, ensuite parce qu'il doit être pour moi l'occasion d'une explication personnelle.

Je n'ai jamais compris qu'un avocat pût plaider un procès sur lequel sa conviction n'est pas entièrement formée : je ne comprends pas davantage qu'il puisse avoir dans l'esprit assez de mobilité pour modifier en quelques jours une opinion mûrement réfléchie.

Comment se fait-il donc que, soutenant aujourd'hui la commercialité nécessaire des sociétés en commandite, j'ai plaidé en 1841 la non-commercialité de la société d'Unieux et Fraisse, qui, cependant était une commandite? — C'est qu'à côté du droit se trouve toujours le fait, qui souvent déplace les questions.

[1] La citation de Loysel est placée mal à propos —Ici, les convenances, au lieu de vaincre la loi, s'y rallient ; elles s'appuient sur l'art 19.

[2] Bordeaux, 23 juin 1833 (S.-V., 33, 2, 418), arrêt qui, attendu les formes adoptées, reconnaît la commercialité.

[3] Dijon, 26 avril 1844 (S.-V., 41, 2, 481).

[4] Paris, 19 août 1841 (S.-V., 41, 2, 482; *Droit* du 23 sept. 1841).

Cela est arrivé dans le procès dont je parle [1]. L'espèce était celle-ci : La commandite avait été formée le 9 janvier 1838; le 4 juin 1839, l'assemblée générale des actionnaires, dissolvant cette société, l'avait remplacée par une société *civile et particulière*.— Le demandeur, qui avait traité avec la société commerciale, avait, suivant moi, délibéré, approuvé les modifications du pacte primitif, et, par cette adhésion, il avait accepté la situation nouvelle qu'elle créait. La cour a écarté ce moyen de fait et proclamé un point de droit que j'avais hautement reconnu.

5. *Troisième système.* — Ceci m'amène à examiner l'influence que la création d'actions au porteur peut avoir sur le caractère de l'acte de société.

Lorsque, dans la formation d'un contrat de société, les associés déclarent constituer une société civile, lorsqu'il n'existe ni gérant, ni raison sociale, enfin lorsque l'objet de l'exploitation est étranger au commerce, l'association doit-elle être réputée commerciale par cela seul que le fonds social est divisé en actions au porteur, ou transmissible par voie d'endossement, sans les formalités du droit civil? — En d'autres termes, l'émission d'actions au porteur ou à ordre est-elle contraire à l'essence des sociétés civiles?

Dans les derniers débats, soulevés à l'occasion des sociétés houillères, on a soutenu l'affirmative, et, il faut bien le dire, les derniers arrêts de la cour royale de Paris semblent marcher dans cette voie. Nous ne saurions mieux faire, pour résumer les arguments sur lesquels s'appuie ce système, que de rapporter ici l'exposé qu'en fait Delangle dans son commentaire du tit. III du Code de comm. :

« Selon l'art. 1832, la société, dit cet honorable magistrat, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

» Ainsi, le principe de la société civile, c'est l'engagement de la personne; les capitaux ou l'industrie n'en sont que l'accessoire : et de là suit que la mort naturelle, la mort civile, l'interdiction et la déconfiture de l'un des associés entraînent la dissolution de la société. Il faut bien que la convention cesse quand la personne dont la considération a été la cause principale du consentement périt, s'efface ou diminue.

» L'associé, dans les sociétés civiles, n'engage pas seulement le présent, il engage aussi son avenir. Personne ne conteste que quelles que soient les stipulations faites entre les parties, si les dettes excèdent le capital social, chacune, sur la réclamation des créanciers, ne soit tenue d'y contribuer dans une égale portion. Or comment, à moins que les associés n'aient formellement accepté la condition contraire, la société continuerait-elle quand l'un d'eux est dans une telle situation, qu'il ne peut plus contracter d'engagement, ou qu'il n'a plus la possibilité d'acquitter ceux que la société doit contracter pour les spéculations?

» Dans les sociétés par actions, quand la division du capital n'est pas seulement une chose de forme, mais que, dans l'intention des parties contractantes, elle tient au fond même de la convention, et qu'elle a pour objet de leur assurer la position que la loi commerciale fait aux actionnaires dans les sociétés commerciales, la personne de l'actionnaire n'est comptée pour rien; la mise est tout; et comme, après le payement de la mise, il est libre de toute obligation actuelle ou future, soit envers ses coassociés soit à l'égard des tiers, les événements qui l'atteignent dans son état ou dans ses biens ne touchent pas la société. Qu'importe qu'il meure, ou qu'il soit frappé d'incapacité, ou qu'il cède ses droits, dès que les garanties de la société ne sont pas amoindres?

» Or, si telles sont les différences qui séparent la société civile et la société par actions, comment, sans altérer le caractère de la société civile, y transporter non-seulement la forme, mais les effets de la société par actions? »

6. Voilà, dans toute sa force, l'objection à laquelle il faut répondre, en rétablissant l'autorité méconnue des principes.

J'espère démontrer :

1° Que dans une société civile, aussi bien que dans une société commerciale, la mise peut consister en une simple somme d'argent; que l'on peut y lier une convention dans laquelle les capitaux sont l'élément principal, et la qualité de la personne l'élément accessoire;

2° Qu'en société civile, la part des pertes, pour les associés qui n'administrent pas, peut être limitée à leur mise de fonds;

3° Que, pour qu'une société en commandite proprement dite existe légalement, il faut, indépendamment de la mise commanditaire, accomplir des formalités impérieusement exigées;

4° Que, dans les sociétés civiles, comme dans les sociétés commerciales, la division de la mise de fonds en actions au porteur est parfaitement licite;

5° Que le système contraire tend à renouveler, sous une autre forme, une difficulté définitivement repoussée par tous les usages et par les monuments de la jurisprudence.

Enfin, je ferai connaître l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence.

---

[1] Cela est encore arrivé à l'occasion d'une affaire dans laquelle les faits ont eu une influence telle, que j'ai délibéré une consultation où l'on soutient le système que je combats dans les nos 5 à 7 suivants.

7. 1° L'art. 1832 définit nettement le contrat de la société : c'est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre *quelque chose en commun*, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Cette définition est commune aux sociétés commerciales, dans lesquelles des personnes peuvent intervenir pour mettre quelque chose en commun.

En matière de société en commandite, une personne peut seulement verser un capital, et, par l'effet de sa seule qualité, s'interdire tout acte de gestion. — En matière de société civile, ce *quelque chose*, qui doit être mis en commun, peut-il consister aussi en une somme d'argent? Le bailleur de fonds peut-il se défendre l'immixtion dans l'administration?

L'art. 1846 répond à la première question, en autorisant formellement, comme unique mise, un versement pur et simple de fonds: l'art. 1847 complète cette disposition en prévoyant le cas de l'apport de l'industrie.

Quant à la seconde question, la combinaison des art. 1856, 1857 et 1860 démontre que c'est une clause régulière que celle qui transporte à un seul ou à plusieurs associés le droit d'administration.

Ainsi, dans les sociétés civiles, l'associé qui n'est point administrateur et qui réalise sa mise au moyen d'un apport en argent, est un bailleur de fonds, un véritable commanditaire; il ne diffère du commanditaire des sociétés commerciales que par les effets spéciaux attachés à la nature de la convention. Dans l'un comme dans l'autre cas, le principe de leur obligation est le même; pour celui-ci comme pour celui-là il y a plutôt association de capitaux qu'association de personnes.

2. Dans les sociétés commerciales proprement dites, le commanditaire ne peut être tenu au delà de la mise sociale. — Dans les sociétés civiles, il est permis d'arriver à ce même résultat.

Le principe général des engagements des associés envers les tiers est, pour les sociétés civiles, écrit dans les art. 1862, 1863 et 1864.— Nous allons, en les rapprochant des autres dispositions de la loi civile, en faire sortir la justification de notre proposition.

L'art. 1862 déclare que les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et que l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

Partant de cette base, l'art. 1863 ne contraint l'associé à payer les dettes par portion égale qu'*envers le créancier avec lequel il a contracté*.

Enfin, l'art. 1864, corollaire indispensable des deux précédents, dégage de tout lieu (sauf le cas particulier où la dette a profité à la société) l'associé qui ne l'a point souscrite.

Voilà les principes; voyons les conséquences. Le simple bailleur de fonds, non administrateur, *ne contractant envers personne, ne doit rien à personne*. Cependant il a donné à son coassocié le droit d'administrer, le pouvoir de l'engager. — Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au delà. (Art. 1998 du Code civ.)

Cela posé, en conférant un mandat d'administration, l'associé crée une situation nouvelle. A-t-il pu en poser les limites? L'art. 1984, l'art. 1998 lui-même, et l'ensemble de la loi du mandat ne permettent pas d'en douter. Maintenant, et pour rentrer dans l'espèce particulière, l'associé peut-il, en donnant à son coassocié mission de contracter pour lui et de l'engager, dire à quel point précis s'arrêtera cette dérogation aux art. 1862, 1863 et 1864? Peut-il déterminer la part des pertes qu'il subira, la restreindre à sa seule mise?

L'art. 1853, en énonçant qu'à défaut de stipulation la part des pertes sera proportionnelle pour chacun, autorise par cela même l'acte de société à faire toutes conventions à ce sujet. — Une seule convention est prohibée, comme léonine, par l'art. 1855 : c'est celle qui affranchirait de *toute* contribution aux pertes *les sommes* mises dans la société par l'un des associés. — D'où la conséquence logique, inévitable, que *les sommes* apportées peuvent être destinées en totalité à l'extinction des pertes, mais sans qu'il puisse après leur épuisement rester en outre une action personnelle

Si ces principes, que nous exposons la loi à la main, sont à l'abri de toute controverse, il faut dire que l'associé civil, comme l'associé commanditaire, fait chose licite quand, étranger aux tiers avec lesquels il n'a pas contracté, il dit : Ma mise perdue, je ne pourrai plus être recherché.

Sous ce deuxième point de vue, la société civile compte parmi ses éléments possibles les effets réservés aux sociétés en commandite.

3° Ce serait faire une étrange confusion que réputer *société en commandite* l'association dans laquelle on rencontre une simple association de capitaux. Ce caractère, nous venons de prouver qu'il peut exister en matière civile.

Qu'est-ce donc qu'une société en commandite?

Pour qu'elle existe régulièrement, il faut, d'une part, qu'un ou plusieurs associés versent, à titre de commandite, une certaine somme d'argent; d'autre part, que les formalités prescrites par les art. 23 à 28 aient été religieusement observées, c'est-à-dire qu'il y ait un ou plusieurs gérants, indéfiniment responsables; un nom social, lequel ne peut être emprunté qu'à ceux des associés solidaires; que les commanditaires, simples bailleurs de fonds, ne soient passibles des pertes que jusqu'à concurrence de leur mise et ne puissent être employés, même

en vertu de procuration, à la gestion des affaires sociales. — Si le pacte constitutif de la société lui donnait une organisation contraire à ces règles d'ordre public, la qualification de société en commandite ne suffirait pas, et toute dérogation au vœu de la loi modifierait la nature de la convention.

Dès lors, il devient impossible d'appeler société en commandite celle qui est divisée en actions, lorsque, du reste, les autres conditions légales de son existence n'ont pas été eccomplies.

4° Nous avons essayé de prouver que le versement d'une simple commandite était, au fond, admissible dans les sociétés civiles, il nous reste à rechercher si ce versement peut être opéré en la forme d'actions au porteur.

D'abord, nous disons que si l'art. 6 du Code civ. ne permet pas de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les mœurs, il est nécessairement permis de se dispenser de l'exécution de celles qui n'altèrent aucun de ces grands principes. Nous ajouterons ensuite, avec l'art. 1134, que les conventions légalement fermées font la loi de ceux qui les ont faites; et, avec l'art. 1133, que la cause d'une obligation n'est déclarée illicite que lorsque, en opposition au vœu de l'art. 6, elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Or, si nous n'avons pas méconnu l'essence du contrat de société civile; — si ce n'est point altérer ses caractères fondamentaux que d'y admettre l'apport d'une simple mise de fonds; — si le bailleur de fonds, ne contractant avec aucun tiers, fait chose licite quand il stipule que, sa mise versée, il sera affranchi des dettes souscrites par un autre que lui; — enfin, s'il n'importe pas aux tiers qu'un associé, contre lequel il n'a aucun recours, puisse instantanément s'échapper de la société par la tradition de son titre,—nous dirons avec une profonde conviction que la création d'actions au porteur est chose utile et légale; nous le dirons avec cette maxime d'éternelle justice : *Ce qui n'est pas défendu est permis.*

Et ici nous emprunterons les paroles des deux jurisconsultes qui ont si dignement continué l'œuvre du savant Toullier. — Duvergier dit à ce sujet : « D'abord, il est hors de doute que toutes les clauses qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs et aux textes positifs, qui d'ailleurs ne portent aucune atteinte aux choses qui sont de l'essence des sociétés, peuvent être valablement stipulées. — Partant, il est permis de dire que tel ou tel associé ne sera tenu, même envers les tiers, que jusqu'à concurrence de sa mise sociale, et, lorsque les tiers auront eu connaissance de cette stipulation, l'associé en faveur de qui elle aura été insérée sera un véritable commanditaire. » *Contrat de société*, n° 482.)

« Quelques jurisconsultes ont pensé que, si le capital social est divisé en actions au porteur, il n'y a plus lieu d'examiner la nature des opérations; que cette seule circonstance rend la société commerciale.

» Cette opinion est irréfléchie; elle ne supporte pas un examen attentif. » (N° 485.)

De son côté, Troplong s'exprime ainsi : « En principe, rien n'est plus faux que de s'attacher à la forme.—La société civile n'a pas été emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former la constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes ou des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales : de tels emprunts ne changent pas la nature des choses...

» Sans doute l'émission est presque toujours une spéculation ; mais quand cette spéculation s'adresse à un objet civil, ce serait tout confondre que d'en faire un acte de commerce.

» Voilà quels sont les principes. » (*Commentaire sur la société*, n° 328.)

Reste un dernier argument. On a soutenu que l'appel des capitaux par la création d'actions au porteur est un acte de commerce, en ce que ces titres au porteur sont de leur nature commerciaux ; qu'en faire usage, c'est frapper du type commercial les transactions auxquelles doivent être consacrés les fonds recueillis par leur secours.

Nous ne saurions mieux faire pour réfuter cette objection que d'emprunter encore à Duvergier son énergique réponse :

« Il y a deux réponses à ce raisonnement. — D'abord, dit-il, la représentation de parts d'intérêts par des titres appelés actions, la transmissibilité de ces titres par la tradition manuelle ou par l'endossement, ne sont pas des combinaisons essentiellement commerciales. — En second lieu, le fussent-elles, elles ne transformeraient point en société de commerce une société civile de sa nature.

» Il est vrai que les titres au porteur, ou cessibles par un simple endossement, sont plus fréquemment employés dans les relations mercantiles que dans les transactions civiles. Mais il est incontestable qu'un billet à ordre souscrit par un non-commerçant circule au moyen d'endos successifs, tout aussi bien que la lettre de change qui sort du portefeuille d'un banquier; et que, malgré ce mode de transmission, il conserve son caractère de billet purement civil.

» Également, aucun texte, aucun argument juridique n'établit que les billets au porteur soient, plus que les billets à ordre ou transmissibles par endossement, essentiellement commerciaux [1].

[1] Voir, au contraire, dans notre *Traité des lettres de*

» Ainsi, loin de dire qu'une société devient commerciale par cela seul que les parts d'intérêts sont représentées par des actions à ordre ou au porteur, il faut reconnaître que ces actions ne sont elles-mêmes des titres commerciaux qu'autant que la société a pour objet des affaires de commerce.

» N'en fût-il pas ainsi, fallût-il déterminer la forme des titres comme déterminant leur caractère, on n'en devrait rien conclure quant au caractère de l'association.

» On divise le fonds social en actions à ordre ou au porteur, pour offrir aux capitalistes, outre les avantages que présente l'affaire en elle-même, celui de pouvoir négocier facilement, rapidement et sans frais, leurs droits dans la société. Quand les sommes nécessaires sont réunies, la combinaison qu'on voudrait faire réputer commerciale est accomplie. Pourquoi exercerait-elle une influence sur les opérations sociales? Celles-ci ne sont-elles pas complétement indépendantes du moyen qui a été mis en œuvre pour attirer vers elles les capitaux?......

» Il est vrai que, pendant toute la durée de la société, les titres circuleront au moyen d'endossements, ou se transmettront de la main à la main; mais ces transmissions, quelle que soit la qualification qu'on leur donne, seront personnelles aux associés et complétement étrangères à la société. Il est donc impossible que sa nature en soit affectée. » (*Contrat de société*, n° 485.)

5° En suivant avec attention la marche de cette discussion, on se croirait transporté à une époque déjà ancienne. En effet, la difficulté de savoir si les actions au porteur sont admissibles dans les sociétés civiles, déjà jugée sous une autre forme, tranchée définitivement par tous les usages commerciaux, est un véritable anachronisme.

En 1830, à l'occasion des *Messageries du commerce*, on s'est demandé si l'émission d'actions au porteur était possible dans les sociétés en commandite. La négative était enseignée dans les ouvrages de Locré, Pardessus, et dans des consultations délibérées à Paris, le 18 mai 1830, par Persil père et Dupin aîné : Me Horson la soutenait devant le tribunal de commerce. Résumant les motifs de cette opinion, ce dernier disait : « En matière de société, toutes les dispositions qui intéressent les tiers sont d'ordre public. Il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières. — Les principes de la commandite défendent au commanditaire de s'immiscer dans la gestion. Cette défense, fondée sur l'intérêt des tiers, est d'ordre public. — De cette prohibition, il faut conclure que le nom des associés doit nécessairement être connu. Or, avec des actions au porteur, le nom des associés n'est-il pas toujours inconnu? Ces actions sont donc incompatibles avec un principe fondamental en matière de commandite. »

Ainsi à cette époque comme aujourd'hui, au sujet des sociétés en commandite comme au sujet des sociétés civiles, alors que la loi écrite gardait un silence significatif, on créait une loi prohibitive au moyen de prétendues incompatibilités.

Le 1er juillet 1830, une consultation en sens contraire, délibérée par Devaux (du Cher), fut couverte des adhésions de Odilon Barrot, Dupin jeune, Mérilhou, Mauguin, Troplong, Delangle, Thil et Cheron. — Après avoir repoussé les moyens invoqués, ces honorables jurisconsultes disaient : « Les tribunaux *n'ont pas la faculté de restreindre à leur gré les combinaisons des associations sous prétexte d'abus*. Les articles de ces conventions qui seraient susceptibles d'une juste censure ne pourraient même pas produire la nullité du contrat social, s'ils ne blessaient pas les lois et l'ordre public ou l'essence et la nature du contrat social. *Nulle loi ne prohibe l'émission de l'action au porteur dans la commandite.* — L'action au porteur n'a par elle-même rien d'offensant pour la morale publique, puisqu'elle est permise dans l'anonyme. »

Deux arrêts de la cour de Paris, l'un du 7 février 1832, l'autre du 14 février 1833, consacrèrent cette dernière doctrine, qui, acceptée par un usage universel, est en ce moment à l'abri de toute controverse.

Eh bien, cette difficulté et celle que nous examinons se touchent par tous les points, se résolvent par les mêmes principes. Ainsi, nous disons avec l'arrêt du 7 février 1832 : « *Que la loi permet ce qu'elle ne défend pas; que les nullités sont de droit étroit; qu'elles ne peuvent être suppléées lorsqu'elles ne sont pas écrites; qu'enfin l'on ne saurait trop favoriser l'esprit d'association en France, puisqu'il est une des causes de la prospérité du commerce.* » Nous ajouterons, avec l'arrêt du 14 février 1833 : « *Que le juge ne peut créer lui-même des prohibitions lorsque la loi garde le silence.* »

Ainsi encore, nous rappellerons que la société civile peut renfermer les stipulations fondamentales de la société en commandite. — Il peut exister un ou plusieurs administrateurs; — un ou plusieurs bailleurs de fonds; — interdiction du droit d'administration à ces bailleurs de fonds; — restriction des pertes pour le bailleur de fonds à la mise sociale. Par conséquent, les principes étant les mêmes, les effets doivent être les mêmes aussi, et ce qui est toléré dans l'un de ces contrats ne peut être défendu dans ceux de semblable nature.

8. Je dois résumer en quelques mots cette

---

change, tome 1er, page 544, et à l'appendice, page 548, la *Jurisprudence* et la *doctrine*, qui déclarent civils les billets au porteur souscrits par des non-commerçants pour cause non commerciale.

discussion, dont l'importance du sujet justifie la longueur.

Suivant moi,

1° La loi de 1810 ne distingue pas : l'exploitation d'une mine n'est pas considérée comme un commerce, alors même que cette exploitation, au lieu d'être entreprise par le concessionnaire, émane d'une société ;

2° La loi de 1810 ne peut pas distinguer : les spéculations sur les immeubles ne sont pas commerciales. Or, une mine est un immeuble, aussi bien entre les mains d'une société qu'en celles du concessionnaire ;

3° Cependant la société qui est civile au fond peut devenir commerciale, 1° si, au fond encore, elle joint à cette exploitation de mines d'autres opérations accessoires, importantes par leur étendue, commerciales par leur nature ; 2° si, en la forme, se qualifiant de société commerciale, elle emprunte en effet tous les caractères des sociétés en noms collectifs, en commandite, ou anonyme ;

4° La division du capital en actions à ordre ou au porteur n'est pas interdite dans la société civile, et ne suffirait pas, abstraction faite de l'accomplissement des autres formalités, pour transformer, malgré le vœu des contractants, la société civile en une société commerciale.

9. Il me reste, suivant mon usage, à faire connaître les autorités (voir à la note) [1].

SIXIÈME SECTION.

De la compétence des tribunaux de commerce dans ses rapports avec les faillites.

SOMMAIRE.

1. La définition de la faillite indique que les contestations qui en sont la suite doivent, logiquement, être de la compétence des tribunaux de commerce.

   Cependant, l'ordonnance de 1673 ne donnoit à ces tribunaux qu'une compétence restreinte. — Citation de Jousse.
2. Ordonnances du 10 juin et du 10 juillet 1715.
3. Six autres ordonnances, rapportées par Bornier et par Jousse, sont rendues sur ce sujet de 1715 à 1728.
4. De 1728 à 1739 la législation des faillites reste telle que l'avait établie l'ordonn. de 1673. — Citation du texte de l'ordonn. du 13 sept. 1739 et d'un passage de Jousse.
5. Le projet de Code de commerce disait, art. 635 : « Les tribunaux de commerce connaissent des faillites. »

   Discussion à ce sujet en 1807 : observations des tribunaux ; réponse de la commission chargée de rédiger le projet de Code. — Citation de Locré.
6. Dissentiment, au corps législatif, entre le conse d'État et le tribunat. — Adoption d'un système mixte : art. 635 de l'ancien Code de commerce.
7. Disposition de la loi du 28 mai 1838, qui modifie l'article 635.

   Énumération des attributions des tribunaux de commerce en matière de faillite. — Trente-cinq espèces indiquées dans ce sens.
8. Cette nomenclature est purement énonciative et non pas limitative.
9. Contestations relatives aux faillites, et dans lesquelles les tribunaux de commerce ne sont pas compétents. — Espèces diverses indiquées dans ce sens.
10. Pour que les tribunaux de commerce soient compétents, même pour actions nées de la faillite, il faut que ces actions soient empreintes du caractère commercial. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

11 à 31. Jurisprudence sur des questions diverses.

« Les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre troisième du présent Code. »

(Art. 635, *Code de comm.*)

1. La faillite est un accident du commerce ; c'est l'état du commerçant qui cesse ses payements. Cette situation, qui trouve son origine et son développement dans des opérations tournant

---

[1] Brux., 3 mars 1810 (S.-V., 7, 2, 1206) ; — cass., 30 avril 1828 (S.-V., 28, 1, 418) ; — Bordeaux, 22 juin 1833 (S.-V., 33, 2, 547) ; — Caen, 26 janv. 1836 ; — Rouen, 26 août 1840 ; — Dijon, 26 avril 1841 (S.-V., 41, 2, 481) ; — Paris, 19 août 1841 (S.-V., 41, 2, 482) ; — Angers, 5 fév. 1842 ; — Paris, 8 déc. 1842 ; — Paris, 9 fév. 1843. — E. Vincens, tome 1er, page 353 ; — Pardessus, n° 36 ; — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Acte de comm.*, n° 69 ; — Despréaux, *Compét. des trib. de comm.*, n° 375 ; — Orillard, n°s 313 et suiv. ; — Delangle, *Des sociétés comm.*, n°s 34 et suiv.

En sens contraire : Nîmes, 22 mars 1821 ; — cass., 7 fév. 1826 (S.-V., 27, 1, 137) ; — Rennes, 13 juin 1833 (S.-V., 34, 2, 122) ; —

à mal, est de nature essentiellement commerciale. Dès lors, il semble que le jugement des contestations nées à l'occasion des faillites appartenait de droit à la juridiction consulaire.

Cependant l'ordonnance de 1673 avait, à leur sujet, considérablement restreint la compétence de cette juridiction. Elle n'avait d'autorité que sur l'acte formant le prélude des faillites. — Lorsqu'une faillite s'ouvrait, le commerçant devait déposer au greffe des juges et consuls ses livres et registres. — C'est l'art. 3 du titre XI qui en disposait ainsi.

Cette formalité accomplie, la justice n'était point appelée à intervenir dans le règlement des droits des créanciers ; sous cette législation, point de juge-commissaire, d'agents, de syndics : c'était l'assemblée des créanciers qui liquidait, qui partageait et le passif et l'actif. — Seulement, quand les délibérations votées au sein de ces assemblées n'obtenaient pas l'assentiment de certains créanciers, sur leur opposition ou refus, la justice devait être saisie, et réformait ou homologuait lesdites délibérations. — L'art. 7 du même titre contenait cette disposition.

Jousse, qui en fournit le commentaire, dit : « Les juges-consuls sont incompétents pour connaître de ces sortes d'homologations : elles doivent être poursuivies devant les juges ordinaires. » (Page 265.)

2. On ne fut pas longtemps sans s'apercevoir que cet état de choses violait les principes constitutifs de la juridiction consulaire, et devenait nuisible aux intérêts du commerce. Aussi, le 10 juin 1715, une déclaration rendit aux juges-consuls la connaissance des faillites; on y lit : « Voulons et nous plaît que tous les procès et différends civils mus et à mouvoir à raison des faillites et banqueroutes qui sont ouvertes depuis le premier jour d'avril de la présente année, ou qui s'ouvriront dans la suite, soient jusqu'au 1er janvier 1716, portées devant les juges et consuls de la ville où celui qui a fait faillite sera demeurant. »

Cependant un fait particulier survint : la juridiction consulaire de Paris se trouvait, en cette année 1715, tellement surchargée d'occupations, qu'il lui était bien difficile de pouvoir vaquer à l'instruction des faillites et banqueroutes. Le 10 juillet de cette même année, une nouvelle déclaration dérogea à celle rendue un mois auparavant, et confia, pour Paris seulement, l'examen des différends en matière de faillites au prévôt de Paris ou à son lieutenant, sauf l'appel au parlement.

3. Depuis cette époque jusqu'au 1er septembre 1728, l'effet de ces deux déclarations fut maintenu et prorogé par six autres déclarations que Bornier rapporte en son tome II, pages 561 et suiv. — L'une d'elles, à laquelle Jousse donne la date du 11 janvier 1716 [1] (*Comm.*, page 269), prescrivit pour la première fois aux créanciers le devoir d'affirmer devant le prévôt la sincérité de leur créance.

4. De 1728 à 1739, la législation des faillites resta telle que l'ordonnance de 1673 l'avait établie, et les contestations qui surgirent firent retour aux juges ordinaires : néanmoins à cette dernière époque de 1739, les juges et consuls furent en quelque sorte changés en arbitres rapporteurs et investis du soin de donner aux juges ordinaires leur avis sur la vérification des créances et sur l'homologation des contrats d'atermoiement. — Voici ce que dispose à ce sujet la déclaration du 13 septembre 1739 :

« Voulons et nous plaît que dans toutes les faillites ouvertes ou qui s'ouvriront à l'avenir, il ne soit reçu d'affirmation d'aucun créancier, ni procédé à l'homologation d'aucun contrat d'atermoiement, sans qu'au préalable les parties se soient retirées par devers les juges-consuls, auxquels les bilans, titres et pièces seront remis pour être vus et examinés sans frais par eux, ou par des anciens consuls et commerçants qu'ils commettront à cet effet, du nombre desquels il y en aura toujours un du même commerce que celui qui aura fait faillite, devant lesquels les créanciers de ceux qui seront en faillite seront tenus, ainsi que le débiteur, de comparaître en personne, ou, en cas de maladie, absence, ou autres légitimes empêchements, par un fondé de procuration spéciale, dont, du tout, sera dressé procès-verbal par les juges-consuls ou ceux qui seront commis par eux, et la minute dudit procès-verbal déposée au greffe de la juridiction consulaire, suivant l'art. 3 du titre XI de l'ordonnance de 1673. »

Jousse, qui cite cette déclaration, ajoute que la copie du procès-verbal dressé par les juges-consuls devait être remise au failli ou à ses créanciers, pour être annexée à la requête qui était présentée pour l'homologation des contrats d'atermoiement et autres actes, laquelle homologation était requise des juges ordinaires : faute par les créanciers d'exécuter cette déclaration de septembre 1739, ils étaient déchus de leurs

---

cass., 15 avril 1834 (S.-V., 34, 1, 650); — conseil d'État, ordonnance du 7 juin 1836 (S.-V., 36, 2, 324). — Cass., 10 mars 1841 (S.-V., 41, 1, 357; *Droit*, nº du 23 mars 1841); — Aix, 12 mars 1841 (S.-V., 41, 2, 481); — Riom, 21 janv. 1842 (S.-V., 42, 2, 260); — Douai, 17 déc. 1842 (S.-V., 43, 2, 260). — Une société à forfait qui exploite une remise dans une concession charbonnière n'est pas justiciable des tribunaux de commerce. (Brux., 15 déc. 1843; *J. de Br.*, 1844, page 377; mais *voy.* Blouse, *Répert. de la législ. des mines*, tome 1er, page 218.) — Devilleneuve, *Dict. du cont. comm.*, vº *Mines*, nos 5 à 8. — Cotelle, *Droit administratif appliqué aux travaux publics*, tome II, page 223; — Duvergier, *du Contrat de société*, nº 485; — Troplong, *des Sociétés commerciales*, nos 326 à 331; — Malepeyre, *des Sociétés commerciales*, tit. 1er, chap. 1er. — Delangle, nos 1236 et 1240.

[1] Bornier ne la rapporte pas parce qu'elle est reproduite par celle du 5 août 1721.

créances, et les débiteurs qui en méconnaissaient les dispositions étaient poursuivis extraordinairement comme banqueroutiers frauduleux. —(Commentaire sous l'art. 5, titre XI, pages 270 et 271.)

5. Lorsqu'en 1807, on discuta le projet de Code de comm., le système de l'ordonnance de 1673 et celui de la déclaration de juin 1716 se retrouvèrent en présence : les uns soutenaient, avec celle-là, qu'il fallait restreindre les attributions consulaires au simple dépôt du bilan et des registres du failli. — Les autres disaient, avec celle-ci, qu'il fallait au contraire investir les tribunaux de commerce d'une juridiction pleine et entière en matière de faillite. La commission, chargée de préparer le projet du Code, avait formulé, dans l'article qui portait le n° 635, la disposition suivante : « *Les tribunaux de commerce connaissent des faillites.* »

Nous ne saurions mieux faire que d'emprunter à Locré la discussion qui s'établit à ce sujet :

La cour d'appel de Paris a dit sur cette disposition : « En toute faillite, le bilan du failli, aussi bien que ses registres, doivent être déposés au greffe des juges de commerce. C'est devant eux que les créances doivent être affirmées, et ils doivent en faire la vérification. Toutes les autres opérations relatives aux faillites sont de la compétence des juges ordinaires, et c'est à eux qu'appartiennent également les homologations des contrats d'union, d'atermoiement et autres semblables, faits entre le débiteur et ses créanciers, les demandes en admission à la cession de biens, celles en réhabilitation, et généralement toutes celles qui intéressent *l'état des personnes*. Ce sont les termes de l'ordonnance, titre XII, art. 9, termes précieux à conserver. Ces causes sont d'un trop haut intérêt et communément trop délicates, pour qu'elles puissent être confiées, sous aucun prétexte, à des juges commerçants, probes sans doute, très-éclairés et très-intelligents dans les affaires de commerce, mais qui, au delà et dans les questions du droit civil, n'ont point les connaissances nécessaires, que des études approfondies et une longue habitude peuvent seules donner. »

La cour d'appel de Dijon demandait que, « comme autrefois, les tribunaux de commerce ne pussent connaître des faillites, si, parmi les créanciers, il s'en trouvait ou pouvait s'en trouver un qui ne fût pas négociant ; » elle appuyait cette proposition sur ce « qu'en ôtant aux juges ordinaires la connaissance des affaires commerciales, le législateur a voulu que les négociants fussent jugés par leurs pairs, et qu'en conséquence, même dans les contestations commerciales, leur compétence devait cesser si l'affaire exigeait l'intervention d'un particulier non commerçant. »

Le système de la cour d'appel d'Orléans allait plus loin : il tendait à exclure entièrement les tribunaux de commerce.

« Les faillites, disait cette cour, quoique relatives le plus souvent au commerce, sont néanmoins d'un genre tout à fait différent des affaires ordinaires ; elles ne peuvent être réglées sommairement ; elles exigent plusieurs opérations, telles que les scellés et inventaires, qui ne sont nullement du ressort de ces tribunaux ; la distinction, le jugement des priviléges, soit mobiliers, soit immobiliers ; l'ordre des hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles ; la vente des biens, la distribution de leurs prix : tout cela est absolument étranger aux fonctions et on pourrait presque dire au-dessus des connaissances ordinaires des juges de commerce. Ces discussions, longues et épineuses, nuiraient à l'expédition des affaires courantes, dont il est si important de ne pas les distraire ; d'ailleurs, très-souvent, et presque toujours, ces discussions intéressent plusieurs personnes qui, quoique créancières d'un négociant, ne le sont point elles-mêmes, et dont les créances sont aussi étrangères au commerce que les questions qu'elles font naître. Ainsi, la nature des contestations, le genre des questions, la qualité des personnes, tout exige qu'on laisse aux tribunaux ordinaires le jugement de toutes les affaires auxquelles donnent lieu les faillites, d'autant mieux que dans ces tribunaux existe l'officier chargé du ministère public, dont il semble qu'on ne propose la création dans les tribunaux de commerce que pour lui confier la direction de tout ce qui concerne les faillites.

» On peut joindre à ces motifs une considération puissante : c'est le grand nombre de négociants qui se trouvent ordinairement intéressés dans les faillites et conséquemment l'intérêt direct ou indirect qu'y ont presque toujours ceux qui composent les tribunaux de commerce, ou au moins quelques-uns d'entre eux. »

Les commissaires-rédacteurs ont répondu à ces observations :

« Nous n'aurons pas à combattre les réclamations du commerce sur l'attribution de la connaissance des faillites ; elle a paru tellement inhérente aux tribunaux de commerce, elle a même été si souvent consacrée par l'ancienne jurisprudence, que les conseils de commerce n'ont pas eu la pensée qu'elle pût être contestée.

» Quoique nous eussions pu nous dispenser de justifier ce principe, que beaucoup de tribunaux d'appel n'ont pas contesté, nous avons cru devoir répondre à quelques objections qui nous ont été faites. On sait à combien de contestations cette compétence a donné lieu dans l'ancienne jurisprudence, et combien de fois les tribunaux civils ont cherché à évoquer à eux la connaissance des faillites.

» Comme ces prétentions sont renouvelées par quelques tribunaux d'appel, il n'est pas hors de notre sujet de les rappeler et d'en démontrer l'injustice.

» Les cours d'appel d'Orléans, de Paris et de

Dijon élèvent de nouveau des doutes sur cette attribution.

» En examinant sans partialité ses caractères et son objet, il est facile de se convaincre qu'elle n'enlève rien aux droits de la justice ordinaire, et qu'elle n'accorde aux juges de commerce que quelques objets qui, sans leur être étrangers, ne tendent qu'à procurer aux parties une justice plus prompte et moins dispendieuse.

» Au surplus, les actions civiles qui peuvent naître d'une faillite sont-elles assez nombreuses, sont-elles même assez ordinaires pour exiger cette sorte de partage d'attributions, ce tiraillement de deux autorités où l'on veut que soient alternativement portées ces affaires?

» Une faillite n'est qu'un accident du commerce; elle ne présente, le plus ordinairement, qu'une liquidation de commerce.

» S'il s'élève des contestations sur le douaire, la dot, les reprises de la femme, ou les priviléges sur les immeubles, ce sont des incidents qui regardent les juges ordinaires.

» Les droits de la femme et ceux des créanciers hypothécaires sont fondés sur des titres authentiques; l'action à intenter en vertu de ces titres est portée devant les tribunaux civils, qui rendent les jugements en vertu desquels la femme et les créanciers hypothécaires viennent se présenter à la faillite et y exercer leurs priviléges.

» Ce sont là des questions accessoires, qui ne peuvent dépouiller les tribunaux de commerce d'un droit qui est inhérent à leur institution.

» Tel a été le vœu des plus anciennes ordonnances; à mesure que le commerce s'est agrandi les lois se sont multipliées; et, par l'ordonnance de 1673, elles ont été déclarées communes à toutes les juridictions consulaires.

» *Ces juridictions*, dit l'auteur des *Antiquités de la France*, chap. 9, *ont été instituées pour défendre et fermer les loyaux marchands contre l'infidélité des banqueroutiers*.

» La juridiction de Paris a connu des faillites à l'époque même de sa création.

» Il est vrai qu'en 1582, Henri III établit une commission à laquelle il attribua la connaissance des faillites. Il n'est peut-être pas hors de propos d'en citer les motifs; on verra que les causes qui enlèvent aux tribunaux de commerce cette attribution n'étaient que circonstancielles. — Voici ce que dit le préambule des lettres patentes :

» . . . .

» Nous avons cy-devant reçu plusieurs plaintes » des faillites et banqueroutes qui se font en » notre royaume, plus fréquentes et plus accoutumées que par le passé; les unes, dignes de » commisération, quand elles sont advenues par » les dommages et pertes que la calamité des » troubles passés a apportés à notre royaume ;

» Les autres, dignes de punition exemplaire, » qui se font par dol et fraude, de ceux qui, » n'ayant souffert aucunes pertes, latitent malitieusement leurs biens, feignent dolensement » des hypothèques; et, après la dicte latitation » ou transport de leurs dits biens hors de notre » royaume, s'absentent d'icelui, et par autres » voyes contraignent leurs créanciers d'accorder » avec eux, et les paient du leur même, ou bien » les contraignent, s'ils ne veulent tout perdre, » de passer par l'avis de certains députés mis à » leur porte; et finalement les autres, qui ou » achètent des deniers et marchandises de leurs » créanciers, et à leurs dépens, des estats, rentes » et terres, ou qui consomment leurs biens en » dissolution, jeux, festins et mauvais mesnages, et à toutes lesquelles étant nécessaire » de pourvoir, pour être les juges ordinaires » assez occupés d'ailleurs; et considérant que » non-seulement les dits banqueroutiers, qui, de » dol et de malice précogitée, font les dites banqueroutes, sont dignes de punition exemplaire, mais aussi les fauteurs et recélateurs, » participes et complices, etc. »

» Par ces lettres patentes, il fut nommé une commission composée de membres du parlement, « pour informer des dites banqueroutes » faites depuis vingt ans en çà, décréter les » dites informations et faire le procès aux dits » banqueroutiers, etc. »

» Si nous voulions nous autoriser des nombreux arrêts qui ont donné l'attribution des faillites aux juges de commerce, cela nous serait très-facile, mais ces moyens n'ajouteraient rien aux raisons qui doivent être puisées dans la nature même des choses.

» Les alarmes que l'on voudrait inspirer à cet égard nous paraissent exagérées; il n'est point question de donner à des juges commerçants des attributions qui soient au-dessus de leur portée; ils connaissent aussi bien que tout autre ce qu'il faut savoir pour homologuer un concordat, pour admettre ou rejeter une cession de biens ; nous pourrions même dire que, dans ce dernier cas, l'expérience du commerçant est plus nécessaire que l'habileté du jurisconsulte, puisqu'il faut examiner si le failli a rempli toutes les conditions imposées par la loi, si ses livres ne dissimulent pas des actes de collusion ou de fraude.

» Tous ces examens sont plus du ressort du commerçant que du jurisconsulte, et nous ne voyons pas le véritable fondement de cette prétention, qui ne tend, comme nous l'avons dit, qu'à produire un tiraillement préjudiciable aux parties, des longueurs et des formes inutiles.

» Sur quoi, au surplus, fonde-t-on ces prétentions ? sur l'intérêt des créanciers pour dettes civiles? Nous avons fait remarquer qu'ils ne peuvent être compromis ; qu'ils restent dans tous leurs droits et actions; qu'ils produisent rarement complication dans une faillite, qui est l'événement principal, qu'un incident ne peut entraîner avec lui ; qu'une masse de créanciers a des droits d'autant plus sacrés, qu'elle est

constituée en perte, qu'elle souffre, et qu'il est injuste de l'entraîner dans un autre tribunal pour des incidents qui intéressent deux ou trois privilégiés, lorsque ceux-ci, après avoir obtenu leurs jugements, peuvent revenir à la masse exercer leurs droits dans la distribution.

» On a cité des arrêts à l'appui desquels on fonde cette réclamation ; nous les connaissons ces arrêts, ils sont au nombre de trois :

» L'un du 29 mars 1702 ;

» Le deuxième du 7 septembre 1769 ;

» Le troisième du 5 juillet 1770.

» Ce sont ces arrêts isolés, au milieu d'une foule d'autres, qui ont rendu aux juges du commerce cette attribution ; ce sont ces mêmes arrêts, disons-nous, qui ont causé de si longues et de si puériles discussions entre ces deux espèces de tribunaux, dont l'une, composée d'hommes désintéressés, était peu solliciteuse ; mais dont l'autre était très-vigilante et très-active pour l'agrandissement de ses privilèges.

» Ces trois arrêts n'ont pas même été rendus sur les conclusions du ministère public ; ce ne sont que des arrêts rendus entre particuliers, et pour des intérêts privés. » (Locré, tome VIII, pages 511 à 521.)

6. C'est dans cet état que la question parvint au pouvoir législatif. Là elle subit encore l'épreuve de longues et sérieuses discussions. Le conseil d'État penchait vers l'opinion des cours d'appel, le tribunat était partisan déclaré du système de la commission. Cependant les esprits se concilièrent, et l'on adopta un tiers parti qui se rapprochait manifestement de l'avis du projet, et que l'ancien art. 635 du Code de comm. accueillit en ces termes :

« Les tribunaux de commerce connaîtront » enfin,

» 1° Du dépôt du bilan et des registres du » commerçant en faillite, de l'affirmation et de » la vérification des créances ;

» 2° Des oppositions au concordat, lorsque les » moyens de l'opposant seront fondés sur des » actes ou opérations dont la connaissance est » attribuée par la loi aux juges des tribunaux » de commerce.

» Dans tous les autres cas, ces oppositions seront » jugées par les tribunaux civils ; — en consé» quence, toute opposition au concordat contien» dra les moyens de l'opposant, à peine de nullité ;

» 3° De l'homologation du traité entre le » failli et ses créanciers ;

» 4° De la cessation de biens faite par le failli, » pour la partie qui en est attribuée aux tribu» naux de commerce par l'art. 901 du Code de » proc. civ. »

7. Lorsqu'en 1838 on s'occupa de refondre la loi des faillites, on s'aperçut que l'expérience avait justifié le langage tenu en 1807 par les commissaires rédacteurs. Aussi la nouvelle loi française du 28 mai, entrant plus profondément dans ce système, disposa : « Les tribunaux de » commerce connaîtront de tout ce qui con» cerne les faillites, conformément à ce qui est » prescrit au livre III du présent Code. »

Puisque le législateur n'a pas cru devoir faire l'énumération précise des attributions des tribunaux de commerce, telles que les règle le livre III, qui est la limite par lui posée aux pouvoirs de ces tribunaux en matière de faillite, il est utile de les retracer dans une courte analyse ; elles peuvent se résumer ainsi :

1° Réception au greffe de la déclaration faite par le failli de sa cessation de payements et dépôt du bilan (art. 439).

2° Jugement en audience publique, qui déclare la faillite ouverte, qui détermine l'époque de la cessation des payements (art. 440, 441).

3° En cas de contestation, soit sur les exécutions tentées contre le failli (art. 443), soit sur l'exigibilité des dettes passives (art. 444), soit sur le cours des intérêts (art. 445), soit sur la validité des payements ou autres actes faits par le failli (art. 446 à 448), soit sur le payement des loyers (art. 450), il y a lieu à la compétence des tribunaux de commerce.

4° Nomination du juge-commissaire chargé de surveiller toutes les opérations de la faillite et d'en faire rapport au tribunal, lorsque le cas y échet (art. 451 à 453).

5° Le tribunal de commerce, en cas d'empêchement, absence, ou autre cause, peut remplacer le juge-commissaire (art. 454).

6° Le tribunal ordonne l'apposition des scellés, la mise en dépôt du failli (art. 455) ; il lui donne, ou lui retire, un sauf-conduit (art. 456).

7° Nomination par le tribunal de commerce, du ou des syndics provisoires (art. 462).

8° Lorsqu'il y aura lieu de procéder à l'adjonction ou au remplacement d'un ou plusieurs syndics, il en sera référé par le juge-commissaire au tribunal de commerce, qui procédera à la nomination suivant les formes établies par l'art. 462 (art. 464).

9° S'il s'élève des réclamations contre quelques-unes des opérations des syndics, le juge-commissaire statuera dans le délai de trois jours, sauf recours devant le tribunal de commerce (art. 466).

10° Compétence du tribunal sur la révocation des syndics (art. 467).

11° Détermination des pouvoirs du tribunal à l'occasion du sauf-conduit, ou des secours alimentaires pour lui et sa famille (art. 472 à 474).

12° Dépôt au greffe du bilan dressé par les syndics, dans le cas où le failli aurait omis de faire ce dépôt (art. 476).

13° Dépôt au greffe de l'une des minutes de l'inventaire dressé par les syndics lors de la levée des scellés (art. 480).

14° Homologation par le tribunal de commerce des transactions faites par les syndics avec l'autorisation du juge-commissaire, si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée

ou qui excède trois cents francs, et si les transactions sont relatives à des droits mobiliers (art. 487).

15° Les contestations sur la vérification et sur l'affirmation des créances commerciales sont soumises au tribunal de commerce art. 498 et 499).

16° Mesures à prendre par ce tribunal, quand le fond de la contestation est soumis aux tribunaux civils ou criminels (art. 500).

17° Le jugement des oppositions formées au concordat pour causes de la compétence commerciale appartiennent au tribunal de commerce. — Si le jugement des oppositions est subordonné à la solution de questions étrangères, à raison de la matière, à la compétence du tribunal de commerce, ce tribunal surseoira à prononcer jusque après la décision de ces questions; il fixera un bref délai dans lequel le créancier opposant devra saisir les juges compétents et justifier de ses diligences (art. 512).

18° Homologation du concordat et jugement des contestations qui surviennent pendant la huitaine (art. 513 à 515).

19° Jugement des contestations sur le reddition des comptes des syndics et sur la remise au failli de l'universalité de ses biens, livres, papiers et effets (art. 519).

20° Annulation du concordat, soit pour dol, soit par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue après son homologation, soit pour inexécution (art. 520 et 522).

21° Si, à quelque époque que ce soit, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union, le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par l'insuffisance de l'actif, le tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite. — Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli (art. 527).

22° Rapport de ce jugement sur la justification faite par le failli, ou par tout autre intéressé, qu'il existe des fonds pour faire face aux frais des opérations de la faillite, ou sur la consignation de ces fonds entre les mains du syndic (art. 528).

23° Jugement du recours des syndics contre les ordonnances du juge-commissaire, qui, avec l'assentiment de la majorité des créanciers, e accordé un secours au failli, en cas de contrat d'union (art. 530).

24° Sur la présentation par le juge-commissaire de la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli et sur le rapport touchant les caractères de la faillite, le tribunal de commerce déclare si le failli est ou non excusable (art. 538).

25° En cas de contestation sur un privilége allégué, le tribunal de commerce prononcera (art. 551).

26° Il ne sera procédé à aucune répartition entre les créanciers domiciliés en France qu'après la mise en réserve de la part correspondante aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France seront portés sur le bilan. — Lorsque ces créances ne paraîtront pas portées sur le bilan d'une manière exacte, le juge-commissaire pourra ordonner que la réserve sera augmentée, sauf aux syndics à se pourvoir contre cette décision devant le tribunal de commerce (art. 567).

27° L'union pourra se faire autoriser par le tribunal de commerce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré et à les aliéner; en ce cas, les syndics feront tous les actes nécessaires. Tout créancier pourra s'adresser au juge-commissaire pour provoquer une délibération de l'union à cet égard (art. 570).

28° Les syndics pourront, avec l'approbation du juge-commissaire, admettre les demandes en revendication. — S'il y a contestation, le tribunal de commerce prononcera après avoir entendu le juge-commissaire (art. 579).

29° Le jugement déclaratif de la faillite et celui qui fixera à une date antérieure l'époque de la cessation des payements, seront susceptibles d'opposition devant le tribunal de commerce, de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois; ces délais courront à partir des jours où les formalités de l'affiche et de l'insertion énoncée dans l'art. 442 auront été accomplies (art. 580).

30° Le délai d'appel pour tout jugement rendu en matière de faillite sera de quinze jours seulement à compter de la signification (art. 582).

31° Ne seront susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation,

1° Les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics;

2° Les jugements qui statuent sur les demandes de sauf-conduit et sur celles de secours pour le failli et sa famille;

3° Les jugements qui autorisent à vendre les effets ou marchandises appartenant à la faillite;

4° Les jugements qui prononcent sursis au concordat, ou admission provisionnelle de créanciers contestés;

5° Les jugements par lesquels le tribunal de commerce statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions (art. 583.)

32° Dans le cas où l'annulation de conventions à l'aide desquelles un créancier aurait stipulé à son profit des avantages particuliers, serait poursuivie par la voie civile, l'action serait portée devant les tribunaux de commerce (art. 599.)

33° Le tribunal de commerce recevra à son

greffe affiche et transcription des jugements et arrêts rendus en vertu des trois chapitres contenant les art. 581 à 599 (art. 600).

34° Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, les actions civiles autres que celles dont il est parlé dans l'art. 595 resteront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite, seront exécutées sans qu'elles puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police correctionnelle, ni aux cours d'assises (art. 601).

35° Le procureur général près la cour royale adressera une expédition certifiée de lui de la requête en réhabilitation au président du tribunal de commerce du domicile du demandeur, et, si celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au président du tribunal de commerce de l'endroit où elle a en lieu, en le chargeant de recueillir tous les renseignements qu'il pourra se procurer sur la vérité des faits exposés (art. 606). — A cet effet, à la diligence du président du tribunal de commerce, copie de ladite requête restera affichée pendant un délai de deux mois, dans la salle d'audience du tribunal, et sera insérée par extrait dans les papiers publics (art. 607). — Les oppositions à la réhabilitation pourront être formées au greffe du tribunal de commerce (art. 608). — Après l'expiration de deux mois, le président du tribunal de commerce transmettra au procureur général près la cour royale les renseignements qu'il aura recueillis et les oppositions qui auront pu être formées; il y joindra son avis sur la demande (art. 609). — L'arrêt portant réhabilitation sera transmis au président du tribunal de commerce, auquel la demande aura été adressée. Ce tribunal en fera faire la lecture publique et la transcription sur ses registres (art. 610).

8. Nous avons analysé avec soin les opérations que le livre III du Code de commerce attribue expressément au tribunal de commerce : il nous reste à dire que cette nomenclature, exacte d'ailleurs, est énonciative et non pas limitative. S'il s'élevait des difficultés non prévues par le Code, mais rentrant dans les sujets traités dans ce livre, elles seraient du domaine de la juridiction consulaire en vertu de l'art. 635 précité.

9. Cependant, il existe dans le livre III luimême certaines restrictions à cette compétence de la juridiction exceptionnelle. Parmi les contestations qui peuvent s'élever, il en est qui, étrangères au droit commercial, sont empreintes d'une nature essentiellement civile ou criminelle, et restent dès lors attribuées aux juges ordinaires ou aux tribunaux criminels.

Il est également utile de suivre la loi pas à pas, et de les déterminer ici.

1° Les syndics peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations qui intéressent les masses, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobilières. — Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée, ou qui excède 300 fr., la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée *par le tribunal civil*, pour les transactions relatives à des droits immobiliers (article 487).

2° Les tribunaux civils connaissent également des difficultés survenues lors de la vérification devant le juge-commissaire, à l'occasion des créances reposant sur des causes civiles, ou qui présentent à juger des questions de droit civil (art. 500) [1].

3° De même des oppositions au concordat, lorsque le jugement de ces oppositions est subordonné à la solution de questions étrangères, à raison de la matière, à la compétence du tribunal de commerce (art. 512) [2].

4° De même de l'ordre qui doit s'ouvrir sur les immeubles du failli (art. 554) [3].

5° De même sur les droits des femmes dans les faillites, à raison de leurs dots et reprises (art. 557 et suiv.) [4].

6° De même de la vente des immeubles et de la surenchère qui peut en être la suite (art. 571 et suiv.) [5].

Tel est le lot des *tribunaux de première instance*. — Maintenant vient celui des cours d'assises, ou des tribunaux correctionnels.

Les *cours d'assises* connaissent des banqueroutes frauduleuses, conformément aux art. 591 et 592 ; — de la complicité dans ces crimes de ceux qui sont coupables de faits énoncés dans l'art 593. — Quelquefois, et en cas d'acquittement sur le chef de banqueroute frauduleuse, les cours d'assises peuvent avoir à statuer sur la banqueroute simple.

Les *tribunaux correctionnels* statuent :

1° Sur les cas de banqueroute simple (art. 584 à 590);

2° Sur les faits de détournement ou de recélé commis sans complicité par le conjoint, descendants ou ascendants des faillis (art. 594);

3° Sur les dispositions à ordonner, en cas d'acquittement, conformément à l'art. 595 ;

4° Sur les poursuites en malversations contre les syndics à raison de leur gestion (art. 596);

5° Sur les poursuites contre le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la

[1] *Voy.* art. 508 et 509 du Code de comm. de 1807.
[2] *Voy. ibid.*, art. 524.
[3] Voy. *ibid.*, 541.
[4] Voy. *ibid.*, 545.
[5] Voy. *ibid.*, 565.

faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel il résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli (art. 597) [1].

10. *Jurisprudence. — Questions particulières.* — Après avoir ainsi rappelé le texte de la loi, il nous reste à faire connaître les questions particulières que la jurisprudence a eu l'occasion de décider.

Dès l'abord, sur ce point, dans l'appréciation des difficultés sur la compétence des tribunaux de commerce en matière de faillite, il est une règle presque générale qu'il ne faut pas oublier.

Il ne suffit pas, pour que la juridiction consulaire puisse être valablement saisie, que la question à juger soit née de la faillite elle-même : il faut encore que cette question soit empreinte du caractère commercial et qu'elle puise son origine dans une opération de commerce; si, au contraire, l'incident qui surgit dans cet événement appelé faillite rentrait dans la classe de ces contestations qui en général échappent à l'appréciation des juges commerciaux, ce fait de la faillite ne modifierait pas l'ordre naturel des juridictions [2].

En un mot, dans la faillite comme dans l'état habituel du commerce, le juge de l'action est naturellement indiqué par les causes, par les fins et par la nature de cette action elle-même [3].

11. La demande des syndics, tendant à faire rendre à l'actif de la faillite des marchandises détournées par un fait illicite, n'est pas une demande commerciale de la compétence du tribunal de commerce, juge spécial des contestations qui intéressent la faillite : — c'est là une demande en réparation civile d'un fait illicite, qui doit être portée au tribunal civil, suivant les règles ordinaires de la compétence [4];

12. De même la question de savoir à qui d'un créancier particulier ou de la masse de la faillite appartient une somme déposée par le failli entre les mains d'un tiers [5];

13. De même les oppositions à une contrainte décernée par le ministre du trésor public contre un comptable en faillite, ou les difficultés nées de l'exécution de cette contrainte [6].

14. Si la masse d'une faillite était condamnée envers un créancier qui formerait saisie-arrêt entre les mains d'un caissier, le tribunal de commerce ne pourrait connaître de la demande en validité; la condamnation a fait cesser la créance d'être un élément d'administration; d'ailleurs il s'agit de l'exécution d'un jugement dont les tribunaux de commerce ne connaissent pas [7].

15. Les syndics d'une faillite, exerçant les droits du failli et réclamant en son nom sa part héréditaire dans une succession, doivent nécessairement saisir les tribunaux civils de leur demande [8].

16. L'administration de la faillite établit des rapports de comptabilité entre les créanciers et les mandataires qui surveillent leurs intérêts. Ainsi les syndics provisoires doivent rendre leurs comptes, au failli lorsqu'il obtient un concordat (art. 519), ou aux syndics définitifs en cas de contrat d'union (art. 529); — D'un autre côté, les syndics définitifs rendent annuellement leurs comptes dans l'assemblée des créanciers (art. 536), et une dernière fois quand la liquidation est terminée (art. 537).

Si des contestations surviennent à l'occasion de ces comptes, elles sont évidemment du ressort de la juridiction commerciale.

Mais quelquefois, en votant le concordat, les créanciers adjoignent au failli, pour terminer sa liquidation, des commissaires chargés de surveiller l'exécution du contrat formant la nouvelle loi des parties. Ces commissaires, qui puisent leurs pouvoirs dans la volonté respective des parties, et non pas dans la loi spéciale des faillites, qui n'ont pas de caractère officiel, ne peuvent être mis sur la même ligne que les syndics. Ils sont des mandataires ordinaires, et à ce titre ils sont comptables de leur gestion devant les tribunaux civils [9].

---

[1] *Voy.* au Code de 1807 les art. 586 et suiv.

[2] En matière de faillite, les tribunaux de commerce sont compétents pour juger des contestations sur des créances même purement civiles produites aux syndics pour être admises au passif (Brux., 6 mai 1840; *J. de Br.*, 1840, 242; *voy.*, en ce sens, Brux., 18 fév. 1820, *Pasicrisie belge*; La Haye, 7 nov. 1828, *Jurispr. du XIXe s.*, 1831, page 6, et, en sens contraire, Brux., 3 août 1836; *J. de Br.*, 1836, page 465, et la plupart des auteurs.

Les tribunaux de commerce ne sont pas compétents pour connaître, même du consentement des parties, de la validité et des effets de la vente d'un bien immeuble, que l'on prétend avoir été faite en fraude de créanciers. (Brux., 13 avril 1814, *Pasicrisie belge*.)

Le tribunal de commerce est incompétent pour statuer sur une contestation élevée entre les syndics d'une faillite et l'un de ses créanciers, au sujet de la validité d'un titre hypothécaire. (Liége, 8 mai 1821, *Pasicrisie belge*.)

[3] Cass., 10 mai 1815 (Dalloz, 5, 407); — Colmar, 31 déc. 1831 (S.-V., 33, 2, 91); — Bordeaux, 24 juill. 1834; — Bordeaux, 8 août 1838. — Locré, tome V, page 463, tome VIII, pages 515 à 532; — Horson, quest. 206; — Pardessus, pages 355 et 356; — Despréaux, n° 828. — Boulay-Paty, tome Ier, pages 178 et 334, et tome II, page 40; — Devill., *Dict. du cont. comm.*, v° *Faillite*, nos 954-955, et n° 450. *Voy.* Orillard, n° 506.

La disposition de l'art. 59, § 7, Code de proc., est seulement applicable aux contestations qui se rattachent essentiellement à l'état de la faillite, telles que celles concernant la déclaration de faillite, l'époque de son ouverture, le bilan, l'apposition et la levée des scellés, la nomination des agents et des syndics provisoires et définitifs, l'affirmation et la vérification des créances, le concordat, son homologation et son exécution, sans pouvoir être étendue au cas où les agents de la faillite agissent par action personnelle contre un débiteur de la faillite, comme l'aurait fait le failli lui-même, s'il fût resté dans l'exercice de ses droits. Il n'existe aucune raison plausible pour déroger à cet égard au principe général, qui veut que le défendeur soit assigné en matière personnelle devant le juge de son domicile. (Brux., 9 déc. 1830; *J. de Br.*, 1831, 1re, page 51.)

[4] Cass., 25 mars 1823 (S.-V., 24, 1, 138).

[5] Caen, 23 juill. 1827 (S.-V., 30, 2, 231). *Voy.* Orillard, n° 503.

[6] Cass., 9 mars 1808 (S.-V., 8, 1, 266); — Brux., 9 déc. 1830 (S.-V., 31, 2, 59).

[7] Cass., 27 juin 1821 (S.-V., 22, 18). *Voy.* Despréaux, n° 175.

[8] Paris, 8 mai 1833. *Voy.* Orillard, n° 503.

[9] Caen, 7 août 1819 (Dalloz, 15, 276). *Voy.* Orillard, n° 505.

17. Les syndics ne sont justiciables du tribunal de commerce que lorsqu'ils sont assignés à raison des actes par eux faits dans l'exercice de leurs fonctions : mais lorsqu'ils agissent en une autre qualité, ou dans leur intérêt privatif, ils restent sous l'empire de la loi commune. — Par exemple, on a jugé avec raison qu'il en devait être ainsi lorsqu'un syndic avait acheté pour son compte personnel des immeubles du failli, et qu'il réclamait des impenses pour les améliorations qu'il avait faites pendant sa possession temporaire [1].

18. La demande en payement de frais, due à un agréé à raison des opérations d'une faillite dont il a été chargé, se rattachant à l'administration de la faillite elle-même, le réclamant est en quelque sorte subrogé au lieu et place des syndics, et peut saisir le tribunal de commerce de sa réclamation [2].

19. La demande en dommages-intérêts formée contre un syndic pour retard, négligence, préjudice causé au failli ou à la masse, doit être portée devant le tribunal civil [3].

Le motif donné par Despréaux, qui approuve cette décision, est fort court : « Il s'agit, dit-il, *d'appréciation civile et de quasi-délit.* »

Cette solution est sujette à critique : c'est le tribunal de commerce qui est compétent pour révoquer ou remplacer les syndics en cas de malversation : c'est devant le tribunal de commerce que doivent être portées les contestations relatives à leurs comptes : or, ces demandes en dommages-intérêts sont, sous une autre forme, de véritables débats sur les comptes de la gestion des syndics. — Il nous semble donc que les juges naturels de ces agents, nommés par le tribunal de commerce, sont ceux qui ont fait leur nomination.

20. Lorsque le syndic introduit ou subit une instance, à laquelle il aurait dû renoncer, et que par suite de faute de sa part il est personnellement condamné aux dépens, comme ces dépens sont uniquement l'accessoire, le tribunal, valablement saisi du fond de la contestation est également compétent pour prononcer cette condamnation.

21. Quoique la déclaration de la faillite appartienne au tribunal de commerce, le tribunal civil, appelé à prononcer sur la distribution du prix des biens d'un commerçant, peut, sans empiéter sur la juridiction commerciale, fixer l'époque de l'ouverture de la faillite de ce commerçant [4].

22. Le tribunal de commerce, saisi d'une opposition à un jugement déclaratif de faillite par lui rendu, est compétent pour décider si le débiteur a été ou non relevé de l'état de faillite par un traité passé entre lui et ses créanciers avant le jugement déclaratif de la faillite [5].

23. La demande formée par le failli écroué à la maison d'arrêt, en vertu de l'art. 455 du Code de comm. (ancien), à fin de nullité de son emprisonnement comme fait à la requête d'une personne sans qualité, doit être portée devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce [6].

24. *Appel.* — Comme nous l'avons vu, suivant l'art. 582, modifié par la nouvelle loi française du 28 mai 1838, « le délai d'appel, pour tout jugement rendu en matière de faillite sera de quinze jours seulement à compter de la signification. »

Comment cette disposition doit-elle être comprise? Quels jugements sont réputés rendus en matière de faillite?

Le législateur a abrégé les délais ordinaires de la procédure pour hâter la marche de la faillite, pour que les droits des créanciers et ceux du failli lui-même ne restent pas trop longtemps en suspens. De là, quelques personnes avaient conclu qu'il ne fallait considérer comme rendus en matière de faillite que les jugements relatifs à l'instruction de la faillite, et ayant un rapport direct, une influence immédiate sur la marche de la faillite.

Les exposés de motifs et les rapports des projets de lois qui ont été successivement présentés aux chambres en 1835, 1836 et 1837, semblent autoriser ce système. Ainsi, le garde des sceaux Persil, présentant à la chambre des députés le projet de 1835, disait : « Le délai d'appel sera » réduit à dix jours... Ces règles sont justifiées » par le besoin de célérité qui domine *la procé-* » *dure* des faillites. » — Renouard, rapporteur, exprimait la même pensée : « L'art. 582 réduit » à dix jours, à partir de la signification, le délai » d'appel pour tout jugement rendu en matière » de faillite. Le délai actuel de trois mois *tient* » *beaucoup trop longtemps en suspens* tous les » droits et tous les intérêts. » — Devant la chambre des pairs, le ministre ajoutait : « Le » projet a notablement abrégé les délais, *afin* » *d'imprimer à la marche des faillites plus de ra-* » *pidité.* »

Cependant, la cour de cassation a été appelée à expliquer le sens de la loi. Dans un arrêt, en date du 1er avril 1840 (S.-V., 40, 1, 447), elle a posé comme principe général qu'il faut réputer jugements en matière de faillite, ceux qui ont prononcé sur des questions nées de la faillite, ou exercées à son occasion, alors même qu'ils ne touchent en rien à sa marche et à son instruction.

Ce principe me paraît incontestable par cette

[1] Bordeaux, 14 juill. 1834. *Voy.* Orillard, n° 505.
[2] Paris, 14 juin 1833 (S.-V., 33, 2, 336).
[3] Cass., 14 déc. 1825. Argumentation implicite.
[4] Grenoble, 7 juin 1834 (S.-V., 34, 2, 438). Liége, 13 décembre 1843; *J. de Br.*, 1844 p. 317.
[5] Bordeaux, 9 juill. 1832 (S.-V., 32, 2, 652).
[6] Toulouse, 15 juin 1836 (S.-V., 37, 2, 20).

raison que la loi est générale, qu'elle s'exprime en termes absolus et ne comporte pas de distinction. D'ailleurs, les contestations qui, à proprement parler, ne sont pas liées indissolublement à la marche de la faillite, ont cependant, avec elle un rapport intime. Ainsi, quand le syndic conteste une créance et demande la nullité de payements faits par le failli (art. 446, 447, 448 et 449 du Code), il ouvre un débat qui, *en droit*, n'a pas la conséquence nécessaire de retarder les opérations de la vérification des créances et du concordat, et qui, cependant, *en fait*, est une cause tenant en suspens des intérêts nés de la faillite : souvent même, s'il s'agit de sommes importantes pouvant déterminer le rejet ou l'adoption du concordat, le syndic, pour mettre sa responsabilité à couvert, s'arrête et attend la solution définitive du litige.

J'ai eu l'occasion d'appliquer cette règle dans l'espèce que voici :

Neveux, banquier, avait reçu d'un sieur Lucot un transport d'une somme de 6,000 fr. : un an après, la faillite du sieur Lucot est déclarée, puis reportée à une époque antérieure à celle du transport. Les opérations de la faillite suivent leurs cours, et, quelques jours avant le concordat, le syndic demande contre Neveux, en vertu de l'art. 446, la nullité du transport. — Jugement qui prononce la nullité. — Appel *deux mois et demi après la signification*. Lorsque le procès m'a été soumis, j'ai déclaré que, dans ma pensée, il s'agissait d'une contestation née de la faillite, en ce sens que, sans le fait de la faillite, elle n'aurait pu surgir ; que par conséquent, suivant moi, elle était régie par l'article 582, et l'appel était non recevable ; afin d'éviter des frais, j'ai conseillé un désistement qui, en effet, a été signifié.

25. *L'art. 582 du nouveau Code français dispose-t-il dans les termes les plus généraux? Quand il déclare que le délai pour tout jugement rendu en matière de faillite sera de quinze jours seulement, à partir de la signification, établit-il une règle qui s'applique aux jugements du tribunal civil comme aux jugements du tribunal de commerce, si d'ailleurs la contestation se rattache par sa cause et par son objet au fait de la faillite?*

Lainné, *Traité sur les faillites*, page 558, admet la négative ; Renouard, qui fut à la chambre des députés le rapporteur de la loi de 1838, dit aussi dans son *Commentaire*, tome II, page 423 ; « La loi actuelle n'est point destinée » à modifier la procédure des tribunaux civils. »

Un arrêt de la cour de Pau, du 4 mai 1843 (S.-V., 43, 2, 417), sanctionne cette opinion en ces termes :

« Attendu que si l'art. 582, modifié par la loi du 28 mai 1833, déclare que le délai d'appel pour tout jugement rendu en matière de faillite n'est que de quinze jours, à compter de la signification, l'art. 635 de la loi porte que les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites; d'où il suit que l'intention de la loi n'a été d'appliquer l'abréviation du délai d'appel qu'aux jugements rendus par les tribunaux de commerce ;

» Qu'ainsi le jugement dont il s'agit ayant été rendu par le tribunal civil, jugeant en cette qualité dans un lieu où siége un tribunal de commerce, n'est point soumis à la disposition spéciale précitée, et rentre au contraire dans l'application du droit commun ;

» Par ces motifs, déboute de la fin de non-recevoir, etc. »

La deuxième chambre de la cour de Paris vient, dans son audience du 4 mars 1844, de rendre une décision contraire à ces précédents ; en voici le texte :

« Considérant que le jugement dont il s'agit, bien qu'émané d'un tribunal civil, a statué sur une demande en nullité de transport, fondée sur les circonstances de faillite imminente, et sur la connaissance qu'aurait eue le cessionnaire de l'état de désordre dans lequel se trouvaient les affaires du cédant ;

» Qu'ainsi le débat est né de la faillite déclarée ; qu'il n'aurait pas existé sans elle, et qu'il a été vidé par application des dispositions spéciales qui régissent la valeur des actes en vue de la faillite ; d'où il suit que ledit jugement a été réellement rendu en matière de faillite ;

» Considérant que l'art. 582 du Code de comm. n'établit point de distinction, pour la fixation du délai d'appel, entre les jugements rendus par les tribunaux civils et ceux rendus par les tribunaux de commerce ;

» Considérant que l'appel a été interjeté après l'expiration de la quinzaine à dater de la signification,

» Déclare l'appel non recevable, etc. »

26. Lorsqu'un tribunal de commerce a homologué la délibération par laquelle les créanciers d'un failli autorisent les syndics à faire écrouer et recommander le failli, la demande de la part de celui-ci en nullité de l'écrou ne peut être considérée comme une contestation sur l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, qui soit de la compétence du tribunal de première instance : c'est une attaque directe contre le jugement du tribunal de commerce, qui doit être déférée au tribunal supérieur, à la cour royale, par voie d'appel [1].

27. Il n'en est pas de la banqueroute, comme des matières ordinaires, en ce qui touche les dommages-intérêts à accorder à la partie civile contre l'accusé qui a été acquitté ou absous par le jury. — Ces sortes de demandes en *réparation civile* doivent, eu égard à leur nature spéciale, être portées devant les tribunaux de commerce [2].

[1] Cass., 9 nov. 1824 (S.-V., 25, 1, 251 ; Dalloz, 15, 107).

[2] Cass., 13 oct. 1826 (S.-V., 27, 1, 140).

28. Le tribunal de commerce peut d'office, et sans aucune réquisition des créanciers, refuser l'homologation du concordat. — Si quelques doutes pouvaient s'élever sous l'empire du Code de comm. de 1807, la disposition de l'art. 515, modifié par la loi de 1838, suffirait pour les dissiper : « En cas d'inobservation des règles » ci-dessus prescrites, dit cet article, ou lorsque » des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de » l'intérêt des créanciers, paraîtront de nature à » empêcher le concordat, le tribunal en refusera » l'homologation.»

29. L'art. 635 du Code de comm., portant que les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, n'est pas applicable au cas où il s'agit d'une opération faite par les syndics avec une personne étrangère à la faillite, telle que la vente du mobilier du failli.— La constatation relative à une telle vente doit être portée devant le tribunal civil [1].

30. Le tribunal de commerce est incompétent pour connaître de l'action en revendication d'objets mobiliers (des machines), que le revendiquant prétend avoir loués au failli ; une telle action doit être portée devant la juridiction civile [2].

31. L'art. 582 du Code de comm. est applicable aussi bien à un appel d'un jugement qui déboute d'une demande en déclaration de faillite, qu'à celui qui, accueillant cette demande, déclare la faillite [3].

SEPTIÈME SECTION.

De la cession de biens.

SOMMAIRE.

1. La nouvelle loi des faillites a modifié l'ancienne loi, et ne permet plus aux commerçants d'être admis au bénéfice de la cession de biens. — Art. 541 du Code de comm.
2. Dispositions des art. 537 à 540, relatives à l'excusabilité des faillis.
3. Dispositions des art. 901 et 903 du Code de procédure civile.

1. L'ancien Code de commerce admettait les commerçants faillis au bénéfice de la cession de biens [4].—La loi du 28 mai 1838, qui a modifié tout le système des faillites, déclare, au contraire, en termes exprès, art. 541 : « Aucun débiteur commerçant ne sera recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. »

2. Cependant, pour atténuer ce que cette disposition a de rigoureux, le législateur, dans les art. 537 à 540, avait pris d'avance des mesures conciliant les intérêts des créanciers et la pitié qu'inspire le malheur.

« Art. 537. .... Les créanciers donneront leur avis sur l'excusabilité du failli. Il sera dressé, à cet effet, un procès-verbal sur lequel chacun des créanciers pourra consigner ses dires et observations.

» Art. 538. Le juge-commissaire présentera au tribunal la délibération des créanciers, relative à l'excusabilité du failli, et un rapport sur les caractères et les circonstances de la faillite.

» Le tribunal prononcera si le failli est ou non excusable.

» Art. 539. Si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers rentreront dans l'exercice de leurs actions individuelles, tant contre sa personne que sur ses biens.

» S'il est déclaré excusable, il demeurera affranchi de la contrainte par corps à l'égard des créanciers de sa faillite, et ne pourra plus être poursuivi par eux que sur ses biens, sauf les exceptions prononcées par les lois spéciales.

» Art. 540. Ne pourront être déclarés excusables, les banqueroutiers frauduleux, les stellionataires, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, les comptables de deniers publics. »

3. Aujourd'hui les fonctions des tribunaux de commerce ne sont plus *contentieuses* en ce qui touche les cessions de biens. Ils sont uniquement chargés, par mesure de précaution, de donner la plus grande publicité possible aux cessions de biens prononcées par les tribunaux civils. Voilà ce que disposent à ce sujet les articles 901 et 903 du Code de proc. civ.:

» Art. 901. Le débiteur admis au bénéfice de

[1] Riom, 11 mars 1839 (S.-V., 39, 2, 374).
[2] Metz, 31 mai 1843 (S.-V., 43, 2, 506).
[3] Cass., 18 août 1843 (S.-V., 43, 1, 979).

[4] Les art. 566 et suiv. de ce Code sont encore en vigueur en Belgique.

cession sera tenu de réitérer sa cession en personne et non par procureur, ses créanciers appelés à l'audience du tribunal de commerce de son domicile.

» Art. 903. Les nom, prénoms, profession et demeure du débiteur seront insérés dans un tableau public à ce destiné, placé dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal de première instance qui en fait les fonctions, et dans le lieu des séances de la maison commune. »

HUITIÈME SECTION.

De la solidarité des débiteurs dans ses rapports avec la compétence des tribunaux de commerce (1).

SOMMAIRE.

1. Obligations ordinaires souscrites par deux ou plusieurs débiteurs. —Citation de Toullier. — Devant qui les effets de ces obligations peuvent être poursuivis.— Distinction.
2. Principes particuliers quand la solidarité entre deux dettes existe. — Quelle juridiction est compétente. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

1. Dans son *Traité sur le droit civil*, Toullier pose avec une parfaite clarté le principe général qui domine les obligations souscrites purement et simplement par deux ou plusieurs codébiteurs : « Il faut tenir pour principe fondamental que le droit et l'obligation se divisent de plein droit et par portions égales ou viriles entre les personnes énumérées disjonctivement dans un contrat, soit comme créancières, soit comme débitrices d'une seule et même chose, à moins que la loi ou la convention n'en ait autrement ordonné. — Chacun des créanciers, s'ils sont deux, n'a droit qu'à la moitié de la chose, qui est l'objet de l'obligation; au tiers, s'ils sont trois; chaque débiteur n'en doit que la moitié s'ils sont deux, le tiers s'ils sont trois, etc. — Chaque créancier ne peut demander que la portion qui lui appartient : le débiteur ne peut lui payer valablement que cette portion, et chaque débiteur ne devant que sa portion virile, le créancier ne peut lui demander que cette portion. » (Tome VI, n°s 710 et suiv., pages 741 et 742.)

Voilà, pour les codébiteurs, le partage de l'obligation ordinaire très-exactement fait; il reste à dire quels effets elle produit, et devant qui elle peut être poursuivie.

Précisément parce qu'il y a autant de dettes distinctes et séparées qu'il se rencontre de contractants, chacun des débiteurs est tenu d'exécuter son engagement suivant le mode propre à sa position particulière. — Le commerçant qui a emprunté de l'argent pour le besoin de son commerce est débiteur commercial, soumis à la contrainte par corps. — Le simple particulier qui a emprunté pour les besoins de sa famille est débiteur civil, contraignable seulement par les voies de droit. — Peu importe que leurs obligations aient été prises dans un seul et même acte : la situation de l'un ne réagit pas sur celle de l'autre.

Telle est la règle qui détermine les effets du contrat.

Quant à la juridiction, la même distinction doit être faite. — Le commerçant est de droit justiciable des tribunaux de commerce, il peut être valablement assigné devant eux. — Le non-commerçant a pour juges naturels les tribunaux civils, il ne peut en être distrait.

2. Dans les obligations *solidaires*, ces principes cessent d'être applicables.

« Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés *à une même chose*, de manière que chacun ne puisse être contraint *pour la totalité*, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier. » (Article 1200, Code de comm.)

« L'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose. » (Article 1201.)

Comme nous l'avons fait à l'occasion de l'obligation pure et simple, suivons l'obligation solidaire dans cette triple position, de l'indivisibilité de la dette, de ses effets, de sa juridiction.

(1) Voir la section suivante, dans laquelle, à l'occasion du cautionnement, nous rappelons des principes qui ont de fréquents rapports avec ceux qui régissent la solidarité.

Quoiqu'il y ait plusieurs débiteurs, il n'existe qu'une seule dette, que chacun des obligés peut être contraint d'acquitter intégralement. C'est là, on vient de le voir, le caractère distinctif de la solidarité dont le Code a emprunté les principes au droit romain. Aussi le législateur, conséquent avec lui-même, ajoute à la définition cette disposition que « le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. » (Art.1203.)

Or, si la dette est indivisible en ce sens que le créancier ne peut être contraint à diviser sa poursuite, il est évident que non-seulement le créancier peut s'adresser à celui de ses débiteurs qu'il veut choisir, mais encore qu'il peut actionner ses débiteurs séparément et tour à tour, ou bien au contraire tous à la fois et collectivement. — Voilà le premier résultat de la solidarité.

Mais de ce que la dette forme un tout qui pèse également sur chacun des débiteurs, il ne s'ensuit pas qu'elle ait pour tous la même nature et les mêmes effets. — Il est pour cela deux motifs : le premier, c'est que l'art. 1201 déclare que la solidarité peut exister quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre. — Le second, c'est que s'il en était autrement, à l'aide de la solidarité on arriverait à violer ce grand principe, écrit dans l'art. 2063, qui ne permet pas d'aliéner sa liberté hors les cas déterminés par la loi. — Ainsi que le remarque Pardessus, la solidarité n'empêche pas que l'obligation de ceux à l'égard desquels l'engagement n'est pas acte de commerce ne doive donner lieu qu'aux mêmes condamnations, et par la même voie que si la cause était jugée par un tribunal civil. » (N° 1349) [1].

Maintenant quant à la juridiction, quels sont les droits du créancier?

S'il assigne isolément un de ses débiteurs, et si ce débiteur est commerçant ou a fait acte de commerce, il peut le traduire devant la juridiction commerciale. — Si, au contraire, ce débiteur est un non-commerçant, obligé pour dette civile, il ne peut le distraire de ses juges naturels, les tribunaux de première instance.

Dans le cas où parmi les débiteurs actionnés collectivement figurent des commerçants et des non-commerçants, il est incontestable que le débiteur a le droit de les amener à la barre des tribunaux civils, qui ont pleine et entière juridiction sur tous et sur chacun.

Mais aura-t-il aussi le droit d'appeler devant le tribunal de commerce le non-commerçant uni par un lien solidaire à un commerçant actionné en même temps que lui?

En règle générale, la compétence de la juridiction consulaire n'est justifiée que par ce double motif, que l'engagement est commercial par sa nature, ou réputé commercial par la qualité de celui qui l'a contracté. Cependant il est à ce principe des exceptions qui se justifient par le désir d'éviter la multiplicité des procédures.

Par exemple, lorsque les lettres de change ou les billets à ordre sont réputés simples promesses, aux termes de l'art. 112 du Code de comm., le tribunal de commerce en connaît si ces titres portent en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants : néanmoins il statue envers chacun des signataires suivant le caractère particulier de sa profession ou de son obligation. — C'est l'article 636 qui en dispose ainsi.

Dans les obligations solidaires, il en est de même : en assignant devant le tribunal de commerce un débiteur commerçant, ou engagé commercialement, le créancier reste évidemment dans les limites de son droit. Or, s'il ne pouvait contraindre le non-commerçant à procéder à côté de ce premier débiteur et devant les mêmes juges que lui ; s'il était obligé de saisir, pour ce dernier, le tribunal civil, on arriverait ainsi à forcer le créancier à scinder, à diviser son action, résultat que l'art. 2103 ne permet pas d'atteindre.

D'ailleurs le législateur, pour dissiper toute espèce de doute, a eu le soin d'établir, dans le Code de procédure, une règle qui s'applique à notre hypothèse. Nous lisons dans l'art. 59, qu'en matière personnelle le défenseur sera assigné devant le tribunal de son domicile, et que, s'il y a plusieurs défendeurs, le tribunal du domicile *de l'un d'eux, au choix du demandeur*, sera valablement saisi.

Ayant plusieurs débiteurs, le créancier assigne l'un d'eux devant le tribunal de commerce, compétent à raison de la matière et du domicile, il appelle les autres défendeurs devant ce même tribunal. En cela il fait usage de l'option que lui donne l'art. 59 précité, et il ne méconnaît pas l'ordre naturel des juridictions [2].

---

[1] Pardessus cite à l'appui de cette doctrine un arrêt de la cour de cassation, du 26 janvier 1814, que je n'ai pas retrouvé dans les recueils. Il est dans la *Pasicrisie*, page 519.

[2] Cass., 13 vendém. an 13 (S.-V., 5, 2, 7) ; — cass., 16 frim. an 13 (Dalloz, 5. 390). — Delvincourt, *Cours du Code civil*, tome II, note 1re, page 716 ;— Despréaux, n° 534 ;— Pardessus, n° 1349 ;— Carré, *Lois de la proc.*, n° 811.

NEUVIÈME SECTION.

Du cautionnement pur et simple et des demandes en garantie.

SOMMAIRE.

1. Il est intéressant, au point de vue de la juridiction consulaire, de rechercher les effets du contrat de cautionnement dans ses rapports avec les opérations de commerce. Ici de graves questions s'élèvent et méritent un sérieux examen :

1° *Quelle est la nature du contrat de cautionnement souscrit par un commerçant, ou par un non-commerçant, à l'occasion d'une obligation commerciale?*

2° *La présomption légale, qui s'attache aux actes d'un commerçant, s'applique-t-elle au contrat civil de cautionnement, lorsque ce cautionnement est étranger au commerce de celui qui le souscrit?*

3° *Un cautionnement est-il commercial par cela seul qu'il se rattache à un engagement principal de nature commerciale, ou n'est-il pas au contraire du devoir des juges de rechercher et de justifier par les circonstances du fait que le cautionnement a, en lui-même, un objet commercial?*

4° *Si le cautionnement ne constitue point, dans ces hypothèses, un engagement commercial, peut-il cependant, à cause de l'obligation principale, et par voie d'accession, être soumis à l'appréciation des tribunaux de commerce?*

5° *Si l'individu qui a donné sa garantie est domicilié dans un autre lieu que le débiteur principal, peut-il être traduit devant les juges du domicile du débiteur principal, avec ou sans lui?*

6° *En quels lieux le cautionnement doit-il s'accomplir? Est-ce au domicile de la caution? est-ce, au contraire, au domicile du débiteur principal?*

2. Pour résoudre ces difficultés, nous ne saurions mieux faire que d'analyser les débats d'un procès dans lequel nous avons eu l'occasion de les traiter avec soin.

3. Un exposé rapide suffira pour préciser les circonstances de fait de ce litige. Qu'on nous permette de citer des faits dans un ouvrage de doctrine, car l'on verra qu'ici ces faits servent à préciser tous les points qu'il s'agit de résoudre.

Le 9 septembre 1835, le sieur André, maître de forges, s'était obligé à livrer au sieur Stolz dix-neuf mille mètres cubes de tuyaux en fonte, destinés à faire parvenir les eaux de la Marne dans les communes de Nogent-sur-Marne, Fontenay-sous-Bois, Vincennes et Montreuil. Le prix de ces fournitures devait être payé quatre cinquièmes comptant, et le dernier cinquième trois mois après la dernière livraison. André avait stipulé que le payement du dernier cinquième serait garanti par une personne dont il se réservait d'examiner la solvabilité.

16 avril 1836, Samuel Blum s'engage par un nouveau traité à payer ces fournitures; plus tard, André demandant la réalisation du cautionnement promis, Bouault, banquier à Dijon, intervient à son tour, et le 15 juillet 1837, à titre de cautionnement, s'oblige à payer jusqu'à concurrence de 50,000 francs, dans le cas où Blum ne payerait pas lui-même.

20 décembre 1838, Blum, considéré par le créancier comme débiteur principal, souscrit pour 40,000 francs de lettres de change. Quelque temps après, sa faillite éclate.

André assigne alors Blum devant le tribunal de commerce de Paris : il soutient que ce dernier doit être considéré non-seulement comme débiteur *en son nom personnel*, mais aussi *comme ayant engagé la société* formée par lui pour opérer la distribution des eaux de la Marne.

17 septembre, 24 octobre et 5 novembre 1839, jugements par défaut condamnant Blum, *tant en son nom personnel que comme gérant de la société.* — Opposition de Marchand, nommé administrateur judiciaire de ladite société, en remplacement provisoire du sieur Lévesque, qui avait cessé d'en être le gérant.

2 janvier 1840, assignation contre Bouault à comparaître devant le tribunal de commerce de Paris pour voir dire qu'il serait tenu d'intervenir dans l'instance pendante entre les parties

et pour s'entendre condamner au principal à payer la somme de 50,000 fr., montant du cautionnement par lui donné.

Bouault, qui, au fond, soutenait que sa garantie était étendue au delà de ses limites, déclinait avant toutes choses la juridiction du tribunal de commerce de Paris.

Il soutenait d'abord que son engagement n'était point commercial, et ne pouvait, quant à lui, être soumis aux juges consulaires; — ensuite, et subsidiairement, que dans tous les cas, domicilié à Dijon, et defendeur, il devait être tradoit devant le tribunal de Dijon.

23 février 1842, jugement qui retient la cause par les motifs suivants :

« Le tribunal, *vu la connexité*, joint les causes, et statuant par un seul et même jugement, tant sur le mérite des oppositions que sur les demandes formées par André contre Stola, Blum et Bouault;

En ce qui touche l'exception de renvoi opposée par ce dernier;

» Attendu que Bouault, banquier, est assigné par André en payement d'une somme limitée, dont il s'est porté caution, à défaut de payement par Blum ; *que cet engagement éventuel devait être rempli à Paris comme l'engagement principal ;*

» Attendu que des jugements out été prononcés contre Blum à cette occasion ; que si ces jugements out été frappés d'opposition par l'administrateur judiciaire des eaux de la Marne, en tant qu'ils donnent à Blum la qualité de gérant et parce qu'une tentative d'opposition avait été faite sur les biens de cette société, *deux de ces jugements ont reçu leur exécution* par l'admission d'André au passif de la faillite de Blum et l'exécution du troisième est poursuivie en ce moment contre lui devant le tribunal d'Autun, dans le ressort duquel est son domicile principal actuel;

» D'où il suit que Bouault ne saurait prétendre qu'il est appelé *isolément et sans qu'il ait été statué à l'égard du débiteur principal*, devant un tribunal autre que le sien;

» Par ces motifs, retient la cause, et au fond....

» En ce qui touche Blum :

» Attendu qu'on ne peut dire que l'opposition formée par l'administrateur de la société des eaux de la Marne, à l'exécution, contre cette société, de deux des trois jugements dont il s'agit, ait lieu dans l'intérêt de Blum personnellement; qu'on peut dire au contraire que ces jugements sont exécutés à son égard et que sa mise en cause n'a eu pour but que de régulariser la procédure à l'égard des autres parties;

» Par ces motifs... d'office avec Blum, dit qu'il n'y a lieu de statuer à son égard sur la demande d'André. »

Bouault a frappé d'appel ce jugement que j'attaquais par un double moyen d'incompétence. — Je soutenais en premier lieu, que les tribunaux de commerce, en général, étaient incompétents, à raison de la matière, pour connaître de la contestation. — En second lieu, que le tribunal de commerce de Paris, en particulier, n'avait pu être valablement saisi, à raison du domicile du défendeur.

C'est ce double système que je m'efforçais de justifier par les développements suivants, dans lesquels on trouvera successivement la solution des questions posées en tête de cette section.

1° *Incompétence des tribunaux de commerce en général.*

Le grand principe sur les compétences réside dans la comparaison de *la matière* qu'on *doit* débattre, avec *la juridiction* qu'on *veut* saisir. La qualité s'efface devant la nature de l'acte.

Voilà la première règle, et la plus importante, celle à laquelle les tribunaux doivent une protection spéciale, sous peine de perturbation dans le pouvoir judiciaire.

Appliquons cette règle aux tribunaux de commerce.

Les principes organiques de la juridiction consulaire, les règles générales de sa compétence, ne sauraient être l'objet d'une sérieuse discussion. Le premier et le plus élémentaire de ces principes, écrit dans tous les auteurs, consacré par tous les arrêts, c'est que la juridiction des tribunaux de commerce est d'*une nature exceptionnelle*; que, dès lors, les magistrats de ces tribunaux peuvent seulement connaître des contestations qui leur sont expressément attribuées; qu'ils ne sauraient, sans méconnaître le vœu de leur origine, sans sortir du cercle tracé par la loi, étendre leurs pouvoirs sur d'autres litiges.

Cela posé, quelles sont les contestations qui doivent s'agiter devant eux? L'art. 631 nous l'indique : ils connaissent 1° de toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; 2° entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce.

Il est indispensable de faire suivre cette disposition du Code de commerce, d'un commentaire sur la première partie des attributions des juges de commerce.

De cela qu'ils ont juridiction sur les contestations entre commerçants, faut-il conclure que toutes les fois qu'un commerçant sera défendeur, la juridiction consulaire sera valablement saisie? — Évidemment non. Si le commerçant, au lieu d'être engagé pour fait de commerce, n'a contracté qu'un engagement civil, il cesse d'être justiciable de la juridiction commune ; il retombe sous l'empire de la juridiction exceptionnelle. — Par exemple, le commerçant est-il assigné pour achat ou vente d'une campagne, pour le règlement d'une succession, pour le payement de fournitures nécessaires à l'entre-

tien de sa famille, il doit être assigné devant les tribunaux de première instance.

La différence qui existe entre lui et le non-commerçant est bien facile à saisir. — Le *commerçant* est réputé obligé pour dette commerciale; contre lui existe une présomption qu'il doit combattre et détruire. De droit, il est justiciable des juges de commerce, et, pour échapper à leur juridiction, il faut qu'il *prouve* que l'origine de son engagement est purement civile. — Le *non commerçant*, au contraire, est réputé obligé pour dette civile; la présomption est, en ce sens, pour lui contre le demandeur : il *n'a rien à prouver*; et pour que son adversaire puisse le distraire de la juridiction ordinaire, il faut qu'il détruise la présomption légale, et qu'il démontre que c'est pour fait de commerce que la dette a été souscrite.

Armand Dalloz s'exprime ainsi à ce sujet, tome 1er, art. 1er, page 552 :

« La disposition de l'art. 631, alinéa premier, » ne doit pas être prise à la lettre; fondée sur » la présomption légale que l'engagement inter- » venu entre commerçants est un acte de com- » merce, elle cesse d'avoir effet quand cette » présomption est détruite par la preuve con- » traire, c'est-à-dire lorsque la nature de l'en- » gagement repousse toute idée de commerce, » comme s'il s'agit d'un partage de succession, » d'un achat ou louage d'immeubles, d'un dépôt, » d'un mandat, d'un achat de denrées, fait par » un commerçant pour l'usage de sa maison » (638), ou enfin d'une obligation dérivant d'un » délit ou quasi-délit. Dans ces divers cas, l'in- » compétence du tribunal de commerce est in- » contestable. » (Toulouse, 5 mars 1825).

Dans l'espèce, nous acceptons pour Bouault cette situation, la présomption est contre lui; mais s'il parvient à la renverser, s'il justifie que son obligation est purement civile, on ne pourra se rattacher à sa qualité de banquier pour le lier à une instance commerciale.

Or, en fait, de quoi s'agit-il?

Stolz achète des tuyaux en fonte. — Blum s'oblige à effectuer le payement. — Bouault garantit à défaut de Blum. — Voilà les contrats.

1° Stoltz, qui achète des marchandises pour les revendre, est obligé commercialement.

2° Blum est obligé aussi commercialement, parce que, se considérant comme débiteur principal, il souscrit des lettres de change, et qu'en réalité c'était lui qui était l'âme de l'opération.

3° Mais Bouault, sans aucun intérêt dans l'affaire, par obligeance, à titre de service, donne un simple cautionnement étranger à son commerce; il lie ce que l'on appelle un *contrat de bienfaisance* (art. 1105 du Code civ.); il ne fait point un acte de commerce.

Ceci résulte de la correspondance qui a précédé le cautionnement donné par Bouault le 15 juillet 1837.

Ainsi André lui-même, dans sa première lettre, sollicitant ce cautionnement, disait, le 27 juin 1837 : « D'après les assurances que me » donne M. Blum, *j'aime à croire que cette inter-* » *vention sera inutile.* »

Bouault répondait, le 6 juillet 1837 : « J'ai » reçu la lettre que vous m'avez fait l'honneur » de m'écrire le 27 juin; je trouve la limite de » 5,0000 fr., pour ma garantie *en faveur de* » *M. Blum*, un peu élevée; j'irai néanmoins » jusque-là si cela est nécessaire à la bonne » harmonie de vos rapports avec lui, pendant » tout le temps que doit encore durer votre » fourniture de tuyaux.

» *Je pense comme vous, monsieur, que ce ne sera* » *de ma part qu'une affaire de forme, et que, dans* » *le délai d'une année, M. Blum vous aura com-* » *plétement désintéressé.* »

Ainsi cela résulte clairement de l'engagement de Bouault lui-même; c'est en dehors de son commerce de banque, par simple complaisance, que le cautionnement est intervenu.

Cela constaté en fait, serait-il possible de soutenir qu'un commerçant fait nécessairement une opération commerciale par cela seul qu'il cautionne une obligation commerciale? Mais, pour répondre affirmativement, pour doter ainsi la juridiction exceptionnelle d'une nouvelle attribution, il faudrait que la loi le dît, et ni l'art. 631, ni aucun texte du Code n'ont adopté une pareille disposition.

Au contraire :

D'une part, l'art. 631 ne range point les contestations de semblable nature au nombre de celles que les tribunaux de commerce peuvent juger. — D'autre part, l'art. 632, en définissant les actes de commerce, s'attache à des circonstances et suppose des opérations d'une tout autre nature.

Il y a plus, le contrat de cautionnement est un contrat dont les règles sont écrites dans le Code civil; il est réputé contrat civil, à moins qu'il n'ait pour cause et pour objet de faire participer directement celui qui le souscrit à une opération commerciale.

Despréaux s'exprime ainsi à cet égard :

« Souvent on voit des commerçants donner des » cautionnements, soit pour une somme actuel- » lement fournie, soit pour crédit ouvert à un » tiers : seront-ils dans le cas d'être actionnés » devant les juges consulaires? Dira-t-on que » leur engagement est pour leur commerce, » puisqu'il énonce seulement un cautionne- » ment?

» S'ils ont cautionné une dette purement » civile, ce serait forcer le vœu de la loi, en » l'absence de son texte, que d'attraire le com- » merçant devant la juridiction commerciale.

» Au contraire, s'ils ont cautionné une dette » ou opération commerciale, même autrement » que par billet à ordre ou aval séparé, prévu » par l'art. 142 du Code de comm., la contesta-

» tion au principal ne roulant que sur un objet » de commerce, et la caution étant, par sa pro» fession, soumise à la juridiction, il *paraîtrait* » *naturel* de l'y soumettre encore, *si elle est soli*» *daire*. Quelques tribunaux de commerce ne » manqueront pas de dispositions à le retenir, » quoique non solidaire, surtout ceux qui veu» lent soumettre à leur juridiction même les » non-commerçants qui ont cautionné une dette » commerciale. On ne doit pas se contenter de » dire qu'il y aurait inconvénient à diviser les » actions.

» Quand deux justiciables ressortissent à deux » tribunaux différents, également compétents » pour connaître du fond, il est des cas où l'ac» tion se trouve divisée, notamment quand il » s'agit de savoir si un huissier est responsable » de la nullité de son acte. — Le Code de com» merce n'a pas seulement l'art. 631, qui parle » de toute obligation entre commerçants, il a » aussi l'art. 638, qui dispose que tout billet est » réputé fait pour les affaires du commerçant, » s'il n'énonce *une autre cause*. — Notez que les » positions sont différentes ; que le commerçant » *caution*, dont nous parlons, peut opposer » l'exception de discussion prévue par l'arti» cle 2021 du Code civ.

» Ajoutons qu'aux termes de l'art. 2060 du » Code civ., la contrainte par corps ne peut être » prononcée contre les cautions contraignables » par corps que lorsqu'elles se sont soumises à » cette contrainte.

» Ne faudrait-il donc pas une renonciation à » la compétence civile de la part de la caution, » pour l'attraire à celle commerciale, quand il » n'y a pas de contrainte à prononcer contre » elle? » (*Compétence des tribunaux de commerce*, n° 531.)

Cette doctrine est consacrée par plusieurs autorités (voir à la note) [1].

Voici le texte de l'arrêt de la cour d'Angers :

« Attendu que le consentement de caution» ner, contenu dans la lettre du 29 mars 1819, » écrite à Michel Cesbron de Chemillé par » Tristan Cesbron et Cesbron Lavau, n'a pour » cause qu'un sentiment de bienveillance, et » non des opérations commerciales définies par » l'art. 632 du Code de comm.;

» Par ces motifs, confirme, etc. »

Il semble donc incontestable que, sous ce premier point de vue, la juridiction commerciale ne pouvait être saisie. — En effet, si Bouault est commerçant, il démontre, avec son engagement même, que, par un sentiment de bienveillance, il a donné un simple cautionnement, étranger à son commerce de banque, et qu'il a formé un contrat purement civil.

Cependant il est un autre rapport sous lequel la question doit être envisagée.

Si le cautionnement n'est point une obligation commerciale, il est l'accessoire d'une dette principale qui, au contraire, a revêtu le caractère d'acte de commerce. Comme l'accessoire suit d'ordinaire le principal, et participe de sa nature, ne peut-on prétendre que, sans avoir les effets d'un contrat commercial, le cautionnement, considéré comme le complément d'un acte sur lequel la juridiction consulaire doit s'exercer, peut être soumis à l'appréciation de cette juridiction?

Par son arrêt du 12 avril 1834, la troisième chambre de la cour de Paris a décidé l'affirmative. Elle a dit :

« Considérant que le cautionnement participe de la nature de l'obligation principale à laquelle il se rattache, quelle que soit la qualité de celui qui le souscrit ;

» Considérant que si Jollimon de Marolles n'est pas commerçant, l'obligation principale qu'il a garantie est d'une nature toute commerciale; que, dès lors, le tribunal de commerce était compétent,

» Infirme, et, évoquant le fond, etc. [2]. »

Cette solution est appuyée sur une application large, et en quelque sorte inaperçue, de l'article 181 du Code de proc. civ. — En effet, aucun texte de loi ne déclare que l'accessoire doit suivre le principal, à tel point qu'il soit nécessaire d'intervertir pour lui l'ordre naturel des juridictions ; nulle part on ne trouve écrit que le cautionnement, quant à ses effets, quant à son appréciation judiciaire, quant à sa juridiction, forme un tout indivisible avec l'obligation principale.

Eh ! n'est-ce donc pas chose assez grave que d'entreprendre sur les pouvoirs respectifs des

---

[1] Poitiers, 29 juill. 1824 (S.-V., 26, 2, 69); — Angers, 8 fév. 1830 (S.-V., 30, 2, 139); — Brux., 30 oct. 1830 (S.-V., 31, 2, 62); — Poitiers, 14 mai 1834 (S.-V., 34, 2, 370); — Paris, 12 avril 1834 (S.-V., 34, 2, 296). — Orillard, n° 231.

[2] La cour, en statuant au fond, après évocation, a refusé de prononcer la contrainte par corps, parce que Jollimon de Marolles, n'étant pas commerçant, et n'ayant pas fait acte de commerce, n'est pas contraignable. — D'où la conséquence que, dans la pensée des magistrats de Paris, il s'établit entre le cautionnement et l'obligation principale indivisibilité de procédure, mais non pas de conséquences (S.-V., 34, 2, 296).

Caen, 26 fév. 1825 (S.-V., 26, 2, 70); — Rouen, 6 août 1838 (S.-V., 39, 2, 47); — Bordeaux, 25 mai 1841 (S.-V., 42, 2, 456); — et Limoges, 15 fév. 1842 (S.-V., 43, 2, 21), ont consacré une doctrine semblable.

La caution solidaire d'une dette commerciale est, comme le débiteur principal, justiciable des tribunaux de commerce pour cette dette, et cela alors même qu'elle ne serait point commerçante. Il est de principe que le juge compétent pour connaître de la demande principale l'est également pour statuer sur les demandes connexes et accessoires. (Liége, 16 juill. 1844; *J. de Br.*, 1844, page 466.) *Voy.* Caen, 26 fév. 1825; Rouen, 6 août 1838; Bordeaux, 25 mai 1841; Limoges, 15 fév. 1842 (S., 1843, 2, 21); — Pardessus, n° 1349. Mais *voy.* Brux., 30 oct. 1830 et 26 mai 1832 (*J. de Br.*, 1830, 2, 122, et 1832, 1, 329); Despréaux, n° 531; Orillard, n° 231; Dalloz, v° *Caution*, tome III, pages 434 et suiv.

Elle est également adoptée par Carré, *Lois de la proc.*, n° 532; — Pardessus, n° 1349; — Jousse, sur l'art. 1er, du tit. XII de l'ordonn. de 1673, page 297. *Voy.* Orillard, n° 231.

divers tribunaux pour que, dans sa sollicitude, le législateur en ait fait l'objet d'une disposition expresse? *Non exemplis sed legibus judicandum.*

Nous ne pouvons trouver l'explication de ce système que dans l'art. 181 du Code de proc., qui, seul, dispose que la demande en garantie pourra être exercée devant les juges saisis de la demande principale.

Mais ici encore, nous pensons que la loi a été mal comprise, malheureusement appliquée.

En effet, on s'est demandé si cette règle de l'art. 181 pouvait être suivie devant les tribunaux de commerce. Précisément parce que ces tribunaux sont des tribunaux d'exception, qui ne peuvent connaître que des affaires d'une nature toute spéciale, on a dit que ce serait méconnaître la loi de leur institution que de leur attribuer, *même par voie de garantie*, des procès d'une nature civile; que, par conséquent, le principal n'attirait l'accessoire que lorsqu'ils étaient de même nature et que le tribunal n'était pas, quant à l'un d'eux, incompétent à raison de la matière.

Pour compléter la discussion sur ce point, il nous reste à faire connaître les diverses espèces dans lesquelles, à travers les nuances plus ou moins décisives du fait, on trouve les principes ci-dessus expressément consacrés.

1° Ainsi il a été décidé, à l'égard des huissiers appelés en garantie à raison de protêts nuls, de pertes de recours provenant de leur fait, que les tribunaux de commerce ne sont pas compétents [1].

2° Une jurisprudence analogue déclare l'incompétence pour les demandes en garanties formées contre des non-négociants, cultivateurs, propriétaires ou vignerons, à raison de ventes de chevaux [2].

L'arrêt de la troisième chambre de la cour de Paris, du 5 mai 1837, mérite d'être ici transcrit :

« Considérant que nul ne peut être distrait de ses juges naturels ;

» Considérant que si l'assigné en garantie est tenu de procéder devant le tribunal où la demande originaire a été portée, cette règle n'est applicable qu'au cas où l'action sur la garantie est *de la même nature* que l'action principale ; et que le tribunal est compétent à raison de la matière, ce qui n'est pas dans l'espèce;

» Considérant que l'incompétence à raison de la matière est d'ordre public, et qu'elle peut être invoquée en tout état de cause ;

» Infirme, etc. »

3° Jugé de même sur une demande en garantie formée par un voiturier contre un tiers dépositaire de marchandises [3].

4° De même, sur une demande en garantie intentée par un commissionnaire de roulage contre un entrepreneur de travaux publics, pour cause d'avaries provenant de son fait en cours de transport [4].

5° De même, et renvoi devant les tribunaux administratifs, sur une demande en garantie contre des entrepreneurs de travaux publics, par suite d'une demande principale d'un propriétaire contre un fermier [5].

Au sujet de cette question, Carré s'exprime ainsi : « Le garant ne peut être appelé devant un tribunal auquel la loi n'aurait pas attribué la connaissance de la matière à laquelle se rapporterait l'action en garantie, lorsque ce tribunal est un tribunal d'exception, *par exemple, un tribunal de commerce.* »(*Lois de la procédure*, quest. 772.)

Orillard, examinant les arrêts de la cour de Paris ci-dessus rappelés, dit à son tour :

« Ces arrêts sont un hommage rendu aux véritables principes. — On ne peut jamais, même par la voie indirecte de la garantie, ouvrir à un tribunal d'exception une source d'autorité ; il est seulement permis de développer le principe du pouvoir qu'il a reçu de la loi. » (N° 57) [6].

Il est donc de principe certain qu'une demande en garantie ne peut être portée devant une juridiction saisie d'une demande principale qu'autant que la matière est semblable pour ces deux demandes, commerciale pour l'une comme pour l'autre, lorsqu'il s'agit de la compétence des juges consulaires.

Contre une opinion si généralement admise, deux arrêts ont vainement protesté [7].

2° *Incompétence du tribunal de Paris dans l'espèce particulière.*

S'il était permis de voir une erreur dans une opinion enseignée par tous les auteurs, consacrée par les monuments d'une jurisprudence constante, il resterait à démontrer que, dans

---

[1] Cass., 30 nov. 1813 (S.-V., 14, 1, 16, et *Pasicrisie*) ;— cass., 19 juill. 1814 (S.-V., 15, 1, 9, et *Pasicrisie*) ; —cass., 20 juill. 1815 (S.-V., 15, 1, 379, et *Pasicrisie*) ; — cass., 2 janv. 1816 (S.-V., 17, 1, 15, et *Pasicrisie*), — cass., 16 mai 1816 (S.-V., 16, 1, 341, et *Pasicrisie*), —cass., 2 juin 1817 (S.-V., 17, 1, 275, et *Pasicrisie*);—cass., 17 juin 1817 (S.-V., 17, 2, 299, et *Pasicrisie*.

[2] Cass., 23 nov. 1813; — cass., 9 juill. 1814 (S.-V., 15, 1, 9) ;— cass., 29 juill. 1815 (S.-V., 15, 1, 379); — Paris, 14 juill. 1825; — Paris, 7 mars 1837, — Paris, 5 mai 1837 (S.-V., 37, 2, 211); — Poitiers, 9 fév. 1838 (S.-V., 38, 2, 250); — Amiens, 1er avril 1840 (S.-V., 42, 2, 513); — Nancy, 30 déc. 1841 (S.-V., 42, 2, 513). *Voy.* Orillard, n° 57.

[3] Nancy, 30 déc. 1841 (S.-V., 42, 2, 513).

[4] Amiens, 7 avril 1840 (S.-V., 42, 2, 513).

[5] cass., 15 déc. 1841 (S.-V., 42, 1, 178).

[6] Jousse, page 327 ;— Thomine, n° 216; — Pailliet, note sous l'art. 181, — Bioche, *Dict. de pr. civ.*, v° *Garantie*, n° 45, et v° *Tribunal de commerce*, n° 136; — E. Cadrès, *Code de la proc. comm.*, lit. VIII, page 147; — Despréaux, n° 118.

[7] Rouen, 30 août 1843 (S.-V., 16, 2, 100) ; — Paris, 20 août 1842 (S.-V., 43, 2, 513).—E. Vincens, tome 1er, chap. IV, n° 2, page 115.

tous les cas, le tribunal de Paris ne pouvait être valablement saisi, et c'est ici que se déroulent les règles de procédure que le cautionnement doit produire.

Le grand principe en matière d'ajournement, celui qui détermine la juridiction territoriale, est écrit dans le premier paragraphe de l'art. 59 du Code de proc. civ. : « Le défendeur doit être » assigné, en matière *personnelle*, devant les juges » de son domicile. »

Tel est, à ce sujet, le point de départ.

Les art. 59 et 181 du Code de proc. civ. sont peut-être ceux dont on a le plus abusé et dont on abuse le plus tous les jours. Sous prétexte de *connexité*, de *garantie*, on détourne des justiciables de leurs juges naturels. Ce déplacement de juridiction tantôt porte sur la matière, tantôt sur leur domicile. Le déplacement de la matière est plus grave que celui du domicile ; il est plus dangereux d'amener un défendeur devant des juges étrangers à l'objet du procès qu'étrangers à sa localité. Un juge peut être impartial partout ; mais la règle des compétences spéciales le dispense d'être éclairé sur tout.

Ainsi que nous l'avons dit, la matière domine la compétence ; les juges doivent, aux termes de l'art. 424 du Code de proc., se déclarer d'office incompétents, s'ils le sont à raison de la matière. Les art. 59 et 181 n'ont en vue l'attirement d'un défendeur devant le tribunal d'une juridiction autre que la sienne naturelle, qu'à raison du domicile ; et encore faut-il pour cela certaines conditions qui n'existent pas dans l'espèce. Mais il est contraire à tous les principes de vouloir que le défendeur commercial entraîne avec lui le défendeur civil.

Quand la loi a voulu cette dérogation au droit commun, elle l'a dit, par exemple pour les billets à ordre. Pour excuser semblable anomalie dans les cas ordinaires, des arrêts, des auteurs se sont appuyés de la nécessité d'économiser des frais, de mettre tous les intéressés en présence, de simplifier les procédures, de ne pas juger un fait, un contrat, en l'absence de tous ceux qui y ont pris part, de ne pas amener ainsi pour ce même fait des décisions contraires devant des juridictions différentes. C'est la grande question de la disjonction.

Un semblable inconvénient serait bien moindre que celui de confondre les compétences entre elles. Pour quelques cas assez rares où cet inconvénient existerait, faudrait-il sacrifier le principe de séparation des pouvoirs judiciaires ? En tous cas, en supposant qu'il convînt de le faire, on doit reconnaître qu'aucune disposition de loi ne l'autorise ; et dès lors, et en l'absence d'une stipulation législative à cet égard, il faut dire qu'il y a illégalité à procéder ainsi.

A ce principe général et tutélaire posé dans le § 1er de l'art. 59, il est trois exceptions, qui ont quelques rapports avec les questions qui nous occupent.

1° Le défendeur *en garantie* est tenu de procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante, encore qu'il dénie être garant (art. 181 du Code de proc. civ.) ; — 2° en cas de *connexité* entre deux demandes, la seconde demande doit être renvoyée au tribunal déjà saisi de la première contestation (art. 171) ; — 3° *s'il y a plusieurs défendeurs*, l'assignation peut être donnée au domicile de l'un d'eux au choix du demandeur (art. 59, § 2).

Bouault, banquier, est domicilié à Dijon. Il est formé contre lui une demande pure personnelle, il doit donc, suivant le principe général, être assigné devant les juges de Dijon, ses juges naturels.

Voyons si dans l'espèce l'on rencontre l'une des trois exceptions, et si, par dérogation à la règle commune, on a pu l'attirer à Paris.

1° *Garantie.* — D'abord il n'existe pas de demande *en garantie*. A l'égard de Bouault, la demande en garantie serait ceci : Blum, assigné par André, met en cause Bouault, et l'appelle pour s'entendre condamner à le garantir et indemniser des condamnations qui pourront être prononcées. Voilà une demande en garantie. Or, rien de semblable n'est arrivé ; Blum, qui n'avait rien à réclamer de Bouault, ne l'a point appelé au procès. C'est André, qui, usant d'une garantie à lui personnelle, a directement actionné Bouault, et par voie de demande principale. Sous ce premier rapport, et en supposant que l'article 181 puisse être étendu aux matières commerciales, il est ici sans aucune application.

D'ailleurs, ce même art. 181, a eu pour but d'empêcher les inconvénients d'un double procès et la contrariété dans les décisions de la justice. Aussi exige-t-il impérieusement que le garant soit appelé devant le tribunal, *saisi de la demande originaire*. Il faut que devant les mêmes juges, et concurremment, la demande principale et la demande en garantie, soient débattues et décidées. Comme le dit Merlin, v° *Compétence*, page 645 ; « En général, le juge du domicile du » défendeur est celui qui doit connaître de la » contestation, suivant la maxime *actor sequitur* » *forum rei*. Mais la caution solidaire et garante » est obligée de plaider devant le tribunal domi» ciliaire du débiteur principal, lorsqu'elle y est » assignée *conjointement avec lui, pour être con*» *damnée solidairement.* »

La même doctrine est enseignée par Orillard, avec beaucoup de netteté :

« L'appelé en garantie doit venir plaider de» vant le tribunal saisi de l'action principale, » tant que cette action *y est pendante;* c'est le » texte précis des art. 59 et 181 du Code de » proc. civ. Mais quand l'instance originaire est » terminée, quand il y a eu condamnation prin» cipale, et que ce n'est que postérieurement » que la demande en garantie est formée, alors » le garant doit être cité devant le tribunal de » son domicile et de sa profession.

« Ce principe a été méconnu par un arrêt de » la cour royale de Bruxelles de 1809, qui décide » qu'un individu signataire d'un billet à ordre, » après avoir été condamné par un tribunal de » commerce, et avoir exécuté le jugement, peut » appeler devant le même tribunal son garant, » bien qu'il ne soit justiciable de cette juridic- » tion, ni à raison de son domicile, ni à raison » de la nature de son engagement (Dalloz, tome V, » page 399. Arrêt du 31 juillet 1809).

« Cette doctrine est contraire au texte et à » l'esprit de la loi : au texte, car il porte que » l'action en garantie doit être introduite et » suivie devant le tribunal où la demande ori- » ginaire *sera pendante*; à l'esprit de la loi, car » l'obligation qu'elle impose au garant de procé- » der devant le tribunal qui se trouve saisi de » la demande originaire, est fondé sur la con- » nexité des deux demandes, sur la nécessité » d'éviter, autant que possible, la contrariété » des jugements qui pourraient intervenir devant » des tribunaux différents, et surtout sur l'utilité » que présente l'exercice de la garantie pendant » l'instance principale, en ce qu'elle tend à em- » pêcher qu'un garant ne décline la compétence » du tribunal ou ne dénie être garant, à dessein » de se ménager un prétexte pour soutenir, dans » une instance séparée, que la condamnation du » défendeur originaire a été le résultat d'une » défense mal conçue ou incomplète. » (*Compétence des tribunaux de commerce*, n° 59, page 53) [1].

Le point de droit étant ainsi clairement établi, quelles sont les circonstances du fait ? Bouault a-t-il été attiré comme garant dans une instance originaire, pendante contre le débiteur principal ?

Quant à Bouault, le débiteur principal c'est Blum, pour lequel seul il est intervenu. Or, l'instance contre Blum est complètement vidée. Ainsi que la sentence dont est appel le constate elle-même, Blum a été condamné par deux jugements par défaut ; ces jugements ont été exécutés par l'admission d'André au passif de sa faillite. La juridiction du tribunal de commerce est épuisée quant à ce débiteur principal ; cela est si vrai, que dans le jugement attaqué, aucune condamnation n'est prononcée contre lui, et que le tribunal déclare lui-même qu'à son égard la juridiction est épuisée. Tout cela a été consommé avant le 2 janvier 1840, jour de l'assignation contre Bouault.

Dès lors, ce dernier dit avec raison : Je ne pouvais être distrait de mes juges naturels que pour m'entendre condamner conjointement avec le débiteur principal. Il a été jugé sans moi ; je suis jugé sans lui ; le tribunal n'est plus saisi de la demande originaire : je décline sa compétence.

2° *Connexité*.—Le tribunal, dans le jugement attaqué par appel, avait dit : *Vu la connexité*, joignons les causes. — Il ne suffit pas pour que la connexité entre deux demandes subsiste, que le jugement le dise, il faut encore qu'elle résulte en réalité de la force même des choses.

La loi ne détermine pas d'une manière précise ce qui constitue la connexité ; cette appréciation est tout entière dans le domaine du juge ; il doit se montrer très-circonspect à l'admettre, parce que, s'il importe d'éviter la pluralité et la contrariété des jugements, on doit craindre de distraire une partie de ses juges naturels. Pour décider qu'il y a connexité entre deux affaires, il est donc indispensable qu'elles soient liées par un rapport intime et nécessaire. La connexité, c'est l'état de deux procès qui demandent à être décidés par un seul et même jugement [2].

Comme tout à l'heure, faisons retour sur les faits.

Quelles sont les parties en instance ? D'une part, André a assigné Stolz, auquel il a fait les fournitures; Stolz soutient qu'il n'était que le prête-nom de Blum ; que le créancier l'a su; qu'il a fait novation en acceptant Blum comme le débiteur direct : le tribunal décide le contraire, et condamne Stolz. — Qu'est-ce que cela fait à Bouault? Il ne connaît pas Stolz ; il a ignoré sa présence dans l'opération ; il a garanti Blum seulement : quel rapport, quelle affinité, quelle intimité existe-t-il entre ce débat et la demande contre Bouault en réalisation de son cautionnement ?

D'autre part, André assigne Marchand, administrateur judiciaire de la société pour la distribution des eaux de la Marne, qui avait formé opposition aux jugements par défaut, lesquels donnaient à Blum la qualité de gérant. Il soutient que la société a profité des fournitures; que Blum est censé avoir contracté pour elle. Marchand plaide, au contraire, qu'une société ne peut être engagée que par son représentant légal; l'acte de société à la main, il prouve que Blum n'a jamais eu ce titre; qu'il s'était obligé de livrer à la société les fournitures dont s'agit, et pour prix desquelles on lui donnait une somme considérable; le tribunal, ce système accueillant, met Marchand hors de cause; et enfin, André se tient pour bien jugé par cette décision. — Qu'est-ce que cela fait encore à Bouault ? Comme à l'occasion de Stolz, quel rapport, quelle affinité, quelle intimité existe-t-il entre ce débat et la demande contre Bouault en réalisation de son cautionnement ?

En fait, malgré l'affirmation des premiers

[1] Voir Pardessus, n° 1356;—E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. IV, page 166; — Carré, *Lois de la procéd. civ*, sur l'art. 181 ; — Boncenne, *Théorie de la proc. civ.*, tome 1er, page 68, et un arrêt de la cour de Paris, 25 nov. 1843.

[2] Cass., 1er juill. (1817 S.-V., 47; 1, 315).— Favard, v° *Exception*, § 2, nos 9 et 10; — Merlin, v° *Connexité*, tome II, page 344;—Carré, *Lois de la proc*, tome 1er, note sous l'article 171, pages 490 et 494. à la note;—Bioche, *Dict. de proc. civ.*, vis *Connexité* et *Exception*, tome 1er, page 655, tome II, page 569.

juges, il n'y a pas connexité, et l'art. 171 n'est pas invoqué à plus juste titre que l'art. 181.

3° *Plusieurs défendeurs.* — « Lorsque le véritable intérêt de la cause est tout entier entre deux individus, le demandeur peut-il se donner plusieurs adversaires, pour avoir l'occasion de distraire le défendeur principal de ses juges naturels?

» Encore bien qu'aux termes de l'art. 59, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs à une demande principale, elle puisse être portée devant le juge du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur, ce serait abuser de cette disposition que de se servir d'une action feinte ou secondaire, dans la seule vue de distraire la véritable et principale partie de ses juges naturels [1]. »

Voilà encore une doctrine certaine. Eh bien, ce qui se dit d'une demande feinte ou secondaire se dit aussi de demandes qui n'ont entre elles aucun lien. Qu'importe qu'il y ait matériellement plusieurs défendeurs, s'ils ne sont assignés ni pour la même cause, ni pour le même objet, ni par les mêmes motifs. Les défendeurs dont parle le § 2 de l'art. 59 sont ceux qui ont contracté la même obligation, qui sont actionnés aux mêmes fins et pour défendre à la même poursuite.

Or, ce fait que nous venons de rappeler, à l'occasion de la connexité, se présente ici de nouveau. Bouault, Stolz, Marchand, étaient assignés à des époques différentes, pour des causes étrangères l'une à l'autre; on leur opposait des moyens divers; ils se défendaient chacun avec ses moyens particuliers; dans ce procès, il y avait trois procès distincts, séparés, pouvant être tranchés isolément et entés l'un sur l'autre pour attirer à Paris, hors de sa juridiction naturelle, un défendeur domicilié à à Dijon. Il n'y avait donc pas *plusieurs défendeurs* dans le sens de l'art. 59.

De cet examen, il faut conclure qu'aucune des exceptions au principe général ne se trouvant justifiée, c'était violer la loi, c'était distraire Bouault de ses juges naturels, que de le maintenir sous la juridiction des tribunaux de Paris.

3° *Incompétence à raison du lieu du payement.*

Il reste à dire quelques mots d'un motif du jugement attaqué.

Les premiers juges, pour établir leur compétence, disent que l'engagement de la caution doit être exécuté au même lieu que l'engagement principal.

En droit comme en fait, ce motif ne peut avoir aucune influence sur la solution du débat.

En droit, l'indication d'un certain lieu pour y effectuer un payement ne constitue pas une élection de domicile et ne suffit pas pour être attributive de juridiction. — Il a été dérogé à cette règle en faveur des matières commerciales. Lorsqu'il y a eu des marchandises achetées, l'art. 420 du Code de proc. civ. permet au demandeur de saisir le tribunal du lieu où le payement devait être effectué [2].

Mais cet article s'applique à une matière toute spéciale, qui n'est pas celle de notre espèce, puisque, Bouault espère l'avoir démontré, il y a eu un cautionnememt civil, étranger au commerce de celui qui le prescrivait.

D'ailleurs, *en fait*, dans quel acte les premiers juges ont-ils vu écrit que le payement à effectuer par Bouault serait fait à Paris? Dans quelle loi ont-ils trouvé ce principe que l'engagement de la caution doit être rempli au lieu du domicile du débiteur principal? Rien dans les pièces du procès, ni dans la législation, ne justifie cette double assertion.

Au contraire, tout la repousse.

En premier lieu, l'art. 1247 du Code civ. dispose que le payement *doit être demandé au domicile du débiteur*, à moins que la convention des parties n'exprime le contraire.

En deuxième lieu, Bouault n'a jamais renoncé à ce droit; en donnant son cautionnement, il a souscrit une obligation *pure personnelle*, qui, comme toutes les obligations personnelles, doit être accomplie à son propre domicile.

André n'avait qu'un moyen pour attirer à Paris l'exécution de cet engagement, c'était d'établir une sorte d'indivisibilité de procédure; d'assigner la caution en même temps que le débiteur principal et devant les juges *saisis de la demande* originaire; en un mot, de remplir *les conditions* de l'art. 181 afin d'en recueillir le bénéfice.

Cette marche si simple n'a pas été suivie; les parties ont été laissées dans leur situation personnelle; Bouault a le droit de se retrancher derrière celle qui lui appartient en propre, et de solliciter son renvoi devant les juges de son domicile, ses juges naturels.

» Mes efforts n'ont pu faire prévaloir ce système. Le 1er février 1843, il est intervenu en la troisième chambre de la cour royale de Paris un arrêt qui a confirmé la sentence attaquée; voici le texte de cette décision, qui a adopté purement et simplement les motifs des premiers juges en ce qui touche l'incompétence à raison du domicile, et qui fait à l'incompétence à raison de la matière les honneurs d'un considérant formulé en quelques lignes :

« Considérant qu'André et Bouault étaient

[1] Cass., 6 avril 1808 (S.-V., 8, 1, 241). — cass., 5 juill. 1808 (S.-V., 8, 1, 426); — cass., 27 avril 1837 (S.-V., 37, 1, 991). — Carré, *Lois de la proc.*, nos 254 à 257.

[2] Cass., 20 oct. 1815 (S.-V., 15, 1, 378). — Pailliet, sous l'article 59 du Code de procédure. — Voir, au surplus, le livre suivant, dans lequel nous parlerons en détail de la compétence territoriale, suivant l'art. 420.

» négociants ; que la dette principale était commerciale et que la caution qui s'y rattache a le » même caractère ;

» Adoptant, au surplus, les motifs des premiers juges, confirme, etc. [1]. »

4. Malgré mon profond respect pour nos magistrats, je ne saurais me déterminer à faire abnégation du résultat de mes travaux. — Aujourd'hui que je ne suis plus sous l'entraînement de la plaidoirie, que j'examine de nouveau et sans préventions les questions de droit qu'engendre le contrat de cautionnement, je persiste avec une entière conviction dans l'opinion que je viens de manifester et dont, abstraction faite des circonstances, voici le résumé :

MAXIMES.

1° Le *non-commerçant* qui cautionne une dette commerciale ne fait point une opération de commerce. Cependant il pourrait en être autrement si l'on prouvait contre lui qu'il avait un intérêt direct et personnel dans le trafic fait par le débiteur principal, et qu'il devait partager le bénéfice produit par ce trafic. — Dans ce cas, il pourrait être considéré comme ayant agi conjointement et solidairement avec ce débiteur principal ; mais ce dernier cas serait l'exception.

2° *Le commerçant* étant présumé obligé commercialement dans toutes les obligations qu'il contracte, le cautionnement qu'il souscrit à l'occasion d'une dette commerciale est réputé commercial de sa nature. — Cependant, si le commerçant détruit cette présomption légale, s'il démontre qu'il a fait un simple contrat de bienfaisance, qu'il s'est engagé pour cause étrangère à son commerce, son cautionnement, comme ses autres obligations directes, revêt le caractère d'obligation civile

3° Les tribunaux de commerce étant des tribunaux d'exception, qui n'ont mission de statuer que sur les contestations commerciales, ne peuvent, directement ou par voie de garantie, connaître d'un cautionnement souscrit pour *cause civile*, alors même que ce cautionnement est souscrit par un commerçant, à l'occasion d'une dette principale commerciale. L'art. 181 du Code de proc. n'est point, en ce sens, applicable à la juridiction consulaire.

4° Le cautionnement étant une obligation *personnelle*, l'exécution doit en être poursuivie devant le tribunal du domicile du défendeur.

5° La caution ne peut être enlevée aux juges de son domicile, ses juges naturels, que lorsqu'elle est appelée dans l'instance *pendante* contre le débiteur principal. — Si le tribunal est dessaisi de la demande originaire, sur laquelle il a précédemment statué, il n'y a plus indivisibilité de procédure, et la caution reste justiciable du tribunal de son domicile.

6° Le payement doit toujours s'effectuer au domicile du débiteur, à moins que le contraire n'ait été stipulé. — En conséquence, c'est au domicile de la caution que le payement doit être réclamé. — Le cautionnement ne se lie pas à l'obligation principale d'une manière tellement intime, tellement indissoluble, qu'ils doivent nécessairement s'accomplir au même lieu.

7° L'art. 420 du Code de proc. civ., qui autorise le demandeur à assigner le défendeur devant le tribunal du lieu où le payement devait être effectué, ne s'applique qu'au cas où la contestation est de nature commerciale. En conséquence, cette règle n'est point applicable au cas *d'un cautionnement civil*, alors même que, par voie d'accession, le tribunal de commerce serait accidentellement appelé à en connaître. — Les tribunaux doivent motiver leurs décisions sur les règles spéciales à chaque contestation.

DIXIÈME SECTION.

Du mandat, du dépôt, des comptes courants.

SOMMAIRE.

[1] D'après mes conseils, un pourvoi avait été formé contre ces arrêt et jugement ; mais une transaction étant intervenue entre les parties, la cour de cassation n'a pas été appelée à statuer.

ciale, alors même que la négociation, à laquelle le nantissement se rattache, soit terminée. — Arrêt de la cour de cassation.

5. Comptes courants entre deux commerçants. — Arrêt de la cour de cassation, qui décide qu'un compte courant est un tout homogène, dans lequel viennent se fondre chacune des opérations qui le composent.

6. Comptes courants entre un commerçant et un simple particulier. — Leur caractère. — Arrêt de la cour de Paris.

1. *Mandat.*— Entre commerçants, le mandat est un acte qui ajoute une nouvelle branche de produit aux éléments ordinaires du commerce : aussi quand il est salarié, il doit, en règle générale, être tenu pour *commercial* [1].

2. Si l'acceptation du mandat était un acte de pure obligeance, et si le mandataire ne devait recevoir aucun salaire, il est certain que dans cette hypothèse le contrat serait de nature civile [2].

3. *Du dépôt.* — La distinction qui sert à reconnaître le caractère du mandat domine aussi le contrat de dépôt. — Pardessus enseigne cette doctrine dans les termes suivants :

« Le dépôt, dans le commerce, est une convention par laquelle une personne se charge, moyennant une rétribution, de conserver la chose d'autrui, et de la rendre à celui qui l'a déposée ou à son représentant.

» Il produit une sorte de louage de soins, qui en fait un contrat intéressé ; et ce n'est même que lorsqu'il a ce caractère qu'il est vraiment un acte de commerce, comme on l'a vu n° 138. — Un dépôt, purement officieux et gratuit, qui interviendrait entre deux commerçants, eût-il pour objet des marchandises du commerce du déposant, ne serait point un engagement commercial. » (N° 491.)

4. Les tribunaux de commerce peuvent statuer sur tout nantissement fait par suite de négociation commerciale, alors même que la négociation à laquelle le nantissement se rattache est terminée.

Quoique cette décision ait été admise sous l'empire de l'ancienne législation, nous donnons cependant le texte de l'arrêt, parce que les principes étant les mêmes sur ce point, sa doctrine devrait être suivie :

« Vu les dispositions de l'édit de 1563, de la déclaration de 1612, de l'édit de 1673 et de la loi d'août 1790, sur la matière contentieuse du commerce.

» Attendu que ces lois ont attribué successivement aux juges-consuls des marchands et aux tribunaux de commerce qui les remplacent, la connaissance de tous différends entre marchands pour fait de marchandises et de toutes affaires de commerce ;

» Attendu que la compétence ainsi dévolue aux tribunaux de commerce par une disposition générale et complexe, se détermine dans l'application par le fait qui donne lieu à la contestation ;

» Attendu que la contestation agitée entre les citoyens Delmas, Stervens et Oblemberg, résidait dans la réclamation d'un carton de dentelles et bijoux déposé pour nantissement de valeurs négociées entre marchands, et que cette qualité de marchands n'a point été contestée ; qu'ainsi, soit que l'on s'attache à la profession des parties intéressées ou à la nature de la négociation, le tribunal de commerce avait été légalement saisi, et *ratione personarum*, et *ratione materiæ*;

» Par ces motifs, le tribunal de cassation casse et annule le jugement du tribunal d'appel séant à Bruxelles, du 24 germinal an 9, pour contravention formelle à la disposition de l'art. 2 du titre XI de la loi du mois d'août 1790 concernant la distribution des pouvoirs [3]. »

Comptes courants. — Les comptes courants sont ceux qui s'établissent entre commerçants, et dans lesquels chacun d'eux figure alternativement comme créditeur ou comme débiteur. — Un compte courant forme un tout homogène, dans lequel viennent se fondre les diverses opérations dont il se compose, et il est commercial, alors même qu'en le décomposant, on pourrait y découvrir quelques opérations de nature civile [4].

6. Un compte courant peut également exister entre un non-commerçant et un banquier qui reçoit et paye pour lui. — Dans ce cas le compte courant est commercial à l'égard du banquier, et non commercial à l'égard du simple particulier. — En conséquence, l'action du banquier qui réclamerait en justice le reliquat du compte devrait être portée devant le tribunal civil [5].

[1] Montpellier, 31 mars 1831 ; — Lyon, 17 fév. 1833 ; — Bordeaux, 14 août 1840 (S.-V., 40, 2, 440) ; — Bordeaux, 8 mars 1841 (S.-V., 42, 2, 407). *Voy.* Orillard, n° 181.
Cependant, en sens contraire, Poitiers, 3 fév. 1838 (S.-V., 38, 2, 250) ; — Bordeaux, 28 nov. 1838. *Voy.* Orillard, n° 184.

[2] Limoges, 8 déc. 1838. *Voy.* Orillard, n° 191.

[3] Trib. de cass., 4 prairial an 11 (S.-V., 2, 2, 329).

[4] Cass., 14 mars 1836.

[5] Paris, 3 août 1811 (S.-V., 14, 2, 371).

ONZIÈME SECTION.

Des contestations entre deux fabricants.

SOMMAIRE.

Les contestations entre deux fabricants indépendants l'un de l'autre ne sont pas de la compétence des prud'hommes; elles doivent, suivant leur nature, être portées, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux de commerce. — Arrêt de la cour de cassation.

Les prud'hommes ne sont compétents que pour connaître des contestations qui s'élèvent entre fabricants d'une part, et leurs subordonnés de l'autre ; ou des contestations des chefs d'ateliers, ouvriers, etc., entre eux. — Ils ne peuvent statuer sur une contestation entre deux fabricants indépendants l'un de l'autre, notamment entre un fabricant de drap qui a donné à un filateur des laines à filer, et qui se plaint de la manière dont le travail a été effectué. — (Loi du 18 mars 1806, art. 6; décret du 11 juin 1809, art. 9, 12 et 23 ; du décret 3 août 1810, article 1er.)

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DU 2 FÉVRIER 1825.

« Sur le troisième et dernier moyen ,

» Vu l'art. 6 de la loi du 18 mars 1806 et l'art. 12 du décret du 11 juin 1809 ;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 6 de la loi ci-dessus citée , la juridiction des prud'hommes est établie pour terminer les différends qui s'élèvent soit entre des fabricants et des ouvriers, soit entre des chefs d'ateliers et des compagnons ou apprentis : qu'ainsi, elle est limitée aux rapports respectifs des chefs et des subordonnés ;

» Que l'art. 10 du décret du 11 juin 1809 ne contient aucune disposition qui étende cette juridiction aux contestations qui peuvent naître entre des fabricants, ou autres chefs entre eux , en disant que *nul ne sera justiciable des conseils de prud'hommes s'il n'est marchand fabricant, chef d'atelier, contre-maître, teinturier, ouvrier, compagnon ou apprenti*, puisque ces expressions ne servent qu'à désigner plus positivement les personnes qui font l'objet de l'art. 6 de la loi du 18 mars 1806, sans déroger au rapport des qualités qui doit exister entre les parties pour établir l'attribution ;

» Qu'on ne peut l'entendre autrement , d'après la règle qui veut qu'une loi soit toujours interprétée dans le sens des lois précédentes, à moins de quelque disposition contraire ;

» Qu'il en est de même de l'art. 23 du décret du 11 juin 1809 et de l'art. 1er du décret du 3 août 1810, qui, s'ils élèvent le taux de la valeur jusqu'à concurrence de laquelle les prud'hommes peuvent prononcer , ne dérogent néanmoins en rien à ce qui concerne les qualités respectives des parties, et se réfèrent, d'ailleurs, à la compétence telle qu'elle est établie par la loi ;

» Que tout doute sur ce point se trouve levé par l'art. 12 du décret du 11 juin 1809 qui, au sujet des contestations entre fabricants ou marchands pour les marques, et entre un fabricant et ses ouvriers , contre-maîtres, relativement aux opérations de la fabrique , n'autorise les conseils de prud'hommes à connaître de ces contestations que comme arbitres : d'où il suit évidemment qu'ils n'en peuvent connaître , comme juges, lorsqu'elles s'élèvent entre chefs ;

» Attendu, d'ailleurs, que si la difficulté qui divise les parties est née à l'occasion de l'industrie dont elles se mêlent , on ne peut considérer les filateurs en chef comme les subordonnés des fabricants de drap, et qu'en décidant le contraire, le jugement attaqué viole formellement les articles ci-dessus cités;

» Par ces motifs, casse, etc. [1]. »

[1] S.-V., 25, 1, 403.

DOUZIÈME SECTION.

Des dommages-intérêts contre le vendeur d'un fonds de commerce qui ouvre un établissement rival.

SOMMAIRE.

1. Position des diverses questions qui découlent de ce sujet.

2. Le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, sans abus, et lorsqu'il ne s'en est pas expressément réservé le droit, ouvrir, au détriment de ses acquéreurs, un établissement rival. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

3. Quotité des dommages-intérêts; publicité du jugement.

4. Conduite à tenir en semblables circonstances.—Compétence du tribunal de commerce.

1° *Le vendeur d'un fonds de commerce peut-il établir un fonds de commerce rival, en concurrence de ses acheteurs, alors qu'il ne s'en est pas expressément réservé le droit ?*

2° *En cas de négative, quelle sanction pénale doit être prononcée à raison d'un pareil abus ?*

3° *Lorsqu'une semblable tentative est annoncée, quelle conduite doivent tenir ceux auxquels elle doit préjudicier ?*

4° *Les tribunaux de commerce sont-ils compétents pour connaître de ces faits?*

2. La solution de cette première difficulté ne saurait engendrer de bien vives controverses : l'opinion unanime des auteurs et les monuments de la jurisprudence ont établi sans hésitation que le vendeur d'une maison commerciale ne pouvait, à moins de stipulation expresse, fonder un nouvel établissement destiné à faire concurrence à ses successeurs.

C'est ce qu'il s'agit de prouver par quelques observations.

Un ancien brocard de droit dit : *Donner et retenir ne vaut.* — Donner d'une main une maison de commerce, de l'autre fonder un établissement semblable, c'est retenir, c'est violer la maxime citée. En effet, une maison de commerce n'a de prix que par sa bonne renommée, que par la nature et l'étendue de ses relations. — Si l'ancien chef de l'établissement vendu se met à la tête d'un établissement semblable, il attire de nouveau à lui la confiance qu'il avait acquise par sa précédente exploitation ; s'il lie de nouveaux rapports avec ses anciens correspondants, il les rappelle dans le cercle de ses propres opérations ; il les détourne, il les débauche et il prive de leur concours ceux auxquels ce concours avait été cédé par contrat à titre onéreux.

Ce ne sont pas seulement les vieilles maximes du droit qui nous convient à cette solution, ce sont aussi les règles de justice écrites dans la loi commune : tous les articles du Code civil relatifs aux effets des contrats ou obligations conventionnelles en général régissent expressément cette matière. Ainsi nous lisons dans l'art. 1134 du Code civil :

« Les conventions légalement formées tiennent » lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles » ne peuvent être révoquées que de leur con» sentement mutuel, ou pour des causes que la » loi autorise. »

Ici le contrat de vente de l'être moral, appelé maison de commerce, étant légalement formé, était aussi bien la loi du vendeur que celle de l'acheteur. — Cette convention ne peut être révoquée que du consentement mutuel des deux parties, et, en voyant le fond des choses sans s'arrêter à leur surface, c'est une véritable révocation que la création d'un établissement rival.

Ce même art. 1134 ajoute :

« Les conventions doivent être exécutées de » bonne foi. »

N'est-il pas contraire à la bonne foi de reprendre par un moyen détourné une chose qui a été vendue et dont on a reçu le prix ?

L'art. 1135 est le complément de la disposition précédente, il dit :

« Les conventions obligent non-seulement à » ce qui est exprimé, mais encore à toutes les » suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent » à l'obligation d'après sa nature. »

En suivant cette règle souverainement équitable, le vendeur d'un fonds de commerce est obligé, d'abord, à livrer le fonds par lui vendu (ce qui est son obligation principale); ensuite, à en faire jouir ses acquéreurs sans trouble, sans éviction, surtout provenant de son fait (ce qui

est l'accessoire que l'usage et l'équité attachent à la nature de cette convention).

L'art. 1156 dispose :

« On doit, dans les conventions, rechercher » quelle a été la commune intention des parties » contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens » littéral des termes. »

Dans l'espèce, quelle a été la commune intention des parties? — Celle du vendeur, de se retirer des affaires dans lesquelles il avait gagné une fortune suffisant à ses désirs, de transmettre à ses successeurs son nom commercial, sa clientèle, ses ustensiles, l'être moral, en un mot, qu'il exploitait. — Celle des acheteurs, d'acquérir ces objets, ce fonds dont ils devaient espérer continuer la prospérité. L'ouverture d'une nouvelle maison, formée par la même personne, pour le même commerce, avec les mêmes correspondants, serait une atteinte flagrante à la commune intention des contractants.

L'art. 1160 n'est pas moins formel.

« On doit, dit-il, suppléer dans le contrat les » clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y » soient pas exprimées. »

Or, l'usage constant du commerce, connu de tous ceux qui sont versés dans la pratique des transactions commerciales, c'est que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut traverser, par une déloyale concurrence, les opérations de ses successeurs. — Cette interdiction, quoique tacite, est donc aussi certaine que si elle avait textuellement pris place dans le contrat.

Que si, des dispositions générales de la loi, nous passons à ses prescriptions relatives à la vente, nous les trouvons tout aussi explicites.

En premier lieu, l'art. 1602 énonce que « tout » pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le » vendeur. »

En deuxième lieu, l'art. 1662, qui développe le principe des art. 1603 et 1625, dit :

« Quoique lors de la vente il n'ait été fait au» cune stipulation sur la garantie, le vendeur est » obligé, de droit, à garantir l'acquéreur de l'é» viction qu'il souffre dans la totalité *ou partie* » *de l'objet vendu.* »

En ce moment, il n'est plus permis d'équivoquer. Si le vendeur doit garantie de l'éviction même partielle, lorsqu'elle émane d'un tiers, à plus forte raison sa responsabilité est plus grave lorsque c'est son fait personnel qui engendre l'éviction. Et certes, on peut dire que la concurrence du vendeur entraînerait nécessairement non-seulement une éviction pour partie, mais encore une ruine totale. La puissance des souvenirs et des habitudes est si grande, surtout en fait de négoce, surtout lorsque l'heure de la retraite est rapprochée de la formation du nouvel établissement, qu'elle occasionnerait nécessairement, au détriment des acheteurs et au profit des vendeurs, la désertion complète des correspondants de la maison cédée.

Au début de cette discussion, nous avons parlé des monuments de la jurisprudence.

En effet, on trouve un premier arrêt de la cour de Paris, en date du 19 novembre 1824 (Sirey-Villeneuve, tome XXVI, 2e partie, pages 144 à 146), qui décide dans ce sens à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce de chocolatier.

Un autre arrêt de la cour de Grenoble, du 10 mars 1836 (S.-V., 38, 2, 35 et 36), s'est rallié à ce système. — On lit dans le dernier paragraphe de cette décision :

« Que Coche, en établissant un nouveau café » dans le voisinage de celui qu'il a cédé, a man» qué à ses obligations les plus essentielles; » qu'il tend à ressaisir son ancienne clientèle, » et que, par l'ouverture de ce nouvel établisse» ment, il a élevé à perpétuité une rivalité à » l'ancien café, dont il lui appartenait moins qu'à » tout autre de se rendre l'auteur. »

La cour de Lyon, par arrêt du 23 août 1843 (S.-V., 43, 2, 540 et 541), vient à son tour de rendre hommage à ces principes, et je ne connais pas de décision qui les infirme.

Les commentateurs de nos lois commerciales sont également unanimes pour enseigner la même doctrine.

Pardessus dit, n° 271 :

« Ces considérations conduiraient quelque» fois à décider que la vente d'un établissement » commercial renferme la condition sous-en» tendue que le vendeur n'élèvera pas d'établis» sement du même genre. — En effet, celui qui » vend, sans aucune réserve, une manufacture » établie, opérant par des procédés qui ne sont » connus que de lui, est présumé céder non» seulement tout ce qui a concouru à établir la » réputation ou la supériorité d'industrie qui » en fait tout le prix, et par conséquent renon» cer au droit de transmettre ces procédés à un » tiers, puisque ce serait vendre deux fois le » même objet, mais encore ne pas avoir entendu » se conserver le droit de former un établisse» ment semblable et rival. »

Horson, questions 44 et 45, donne un assentiment complet à cet avis.

Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Vente d'un fonds de commerce*, n° 5, et De Villeneuve, *Dict.*, v° *Vente de boutique ou de commerce*, n° 4, l'approuvent également.

Lorsqu'une opinion s'appuie sur de pareilles autorités, il est permis de dire qu'elle doit être infailliblement suivie.

3. La question relative à la quotité des dommages-intérêts est encore plus facile à résoudre.

Les tribunaux de Paris sont excessivement sévères toutes les fois qu'ils ont à réprimer un abus de la nature de celui qui motive ces réflexions. Ils veulent que cette maxime : *La bonne foi est l'âme du commerce*, soit religieusement suivie. Lorsqu'ils aperçoivent une intention déshonnête, ils s'empressent de sévir afin

que leur décision soit tout à la fois une peine et un exemple.

Quoi qu'il en soit, les tribunaux devraient d'abord condamner le délinquant à des dommages-intérêts proportionnés aux bénéfices probables que ses adversaires auraient légitimement faits pendant tout le cours de la durée de leur exploitation.

En outre, ils devraient ordonner l'impression et l'affiche de leur jugement en un nombre d'exemplaires suffisant pour atteindre une publicité double de la tentative déloyale.

4. Quant à la conduite que doivent tenir les négociants qui ont à souffrir des circonstances que nous examinons, voici celle que la prudence semble leur indiquer :

Quelquefois le vendeur annonce hautement son intention; dans ce cas, il est prudent de le laisser s'engager. S'il était averti de la répression que l'on doit solliciter des magistrats, il prendrait ses mesures, il exécuterait ses intentions sous le nom de tiers, il dissimulerait sa véritable participation à l'établissement de la maison rivale, et les preuves contre lui seraient plus difficiles à produire.

Lorsque, au contraire, sa rivalité aura éclaté, il faut réunir les documents, lettres, circulaires, offres de services, témoignages des correspondants, tendant à la prouver. Puis, ces preuves rassemblées, il faut l'assigner devant le tribunal de commerce du lieu où sera établie sa nouvelle maison de commerce.

Nous disons devant le *tribunal de commerce* : en effet, quoiqu'il s'agisse de la réparation du préjudice causé par un quasi-délit, comme ce quasi-délit a pour origine et pour conséquences des opérations commerciales, il rentre dans la classe des actes qui sont régis par les art. 632 et 638 du Code de comm.

LIVRE QUATRIÈME.

DE LA COMPÉTENCE TERRITORIALE.

SOMMAIRE.

1. Ce livre a pour objet de déterminer, la juridiction commerciale étant compétente, quel sera en particulier le tribunal de commerce valablement saisi.
2. Le principe général, écrit dans l'art. 59 du Code de procédure, est qu'en matière personnelle le défendeur a pour juges naturels les juges de son domicile.

Il est des exceptions à ce principe. — Division du livre en cinq chapitres.

« En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile; s'il n'a pas de domicile, devant le tribunal de sa résidence. »

(Art. 59, *C. de proc. civ.*, § 1er.)

1. Jusqu'à ce moment, nous avons recherché la nature intérieure des actes, afin de déterminer si la juridiction commerciale pouvait être saisie, au détriment de la juridiction ordinaire, ayant seule la pleine puissance de statuer sur toutes les matières qui ne lui ont pas été expressément enlevées.

Il nous reste à distinguer quel est, parmi les tribunaux de commerce, celui qui peut ou doit être investi du jugement de la contestation.

2. C'est, en procédure, un principe bien respectable que celui qui prescrit au demandeur de saisir de sa prétention le juge du domicile du défendeur, lorsqu'il s'agit d'une matière personnelle, ce qui est le cas le plus fréquent en affaires de commerce. En effet, ce n'est point le défendeur qui commence l'attaque, ce n'est pas à lui que la preuve incombe; si l'instance doit produire un dérangement pour quelqu'un, c'est pour le demandeur, dont les intérêts sont assez vivement mis en jeu pour qu'il en appelle à la justice. D'ailleurs, n'est-il pas souverainement équitable que le défendeur soit jugé au lieu où est son établissement, c'est-à-dire au lieu où se trouvent ses éléments de preuve, et par des magistrats pouvant apprécier la valeur de ses déclarations?

Dans l'accomplissement de cette règle, peu importe que le demandeur agisse directement, en vertu de la convention dont il excipe, ou indirectement comme cessionnaire, comme ayant droit d'une autre personne.—Cette règle fondamentale du droit, exprimée autrefois par le brocard *Actor sequitur forum rei*, est aujourd'hui contenue dans l'art. 59 du Code de proc. civ.

Cependant, il est des cas où elle doit cesser d'être exécutée. A ce principe, comme à tous les autres, il est de légitimes exceptions : les unes prennent leur source dans la loi et les autres dans la volonté des parties.

Dans les six chapitres suivants, nous allons rapidement les analyser.

CHAPITRE PREMIER.

Du tribunal compétent selon l'art. 420 du Code de procédure.

SOMMAIRE.

1. L'art. 420 du Code de procédure est emprunté à l'article 17, tit. XII de l'ordonnance de 1673. — Texte de ces deux dispositions. — Option donnée au demandeur en matière commerciale d'assigner : 1° au domicile du

défendeur ; 2° devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée ; 3° devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

2. Ces dispositions sont si générales, qu'elles s'appliquent aux contestations mues entre deux étrangers. — Arrêt récent de la cour de Montpellier.

3. *Option du demandeur.* — Ces règles s'appliquent même en cas de faillite. — Arrêt de la cour de Toulouse.

4. Toutefois, quand le demandeur a exercé son option, il ne peut dessaisir le tribunal auquel il a déféré la contestation. — Arrêt de la cour de cassation.

5. *Domicile du défendeur.* — C'est l'application du principe général.

A défaut de domicile, le tribunal de la résidence peut être saisi. — Arrêt de la cour de Bruxelles.

S'il y a plusieurs défendeurs, l'assignation peut être donnée à comparaître au domicile de l'un d'eux. — Arrêt de la cour de cassation, opinion des auteurs.

6. *Lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée.* — Nécessité du concours de ces deux circonstances. — Citation de Jousse. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

7. La faculté donnée par l'art. 420 s'applique à tout demandeur ; au vendeur comme à l'acheteur de marchandises. — Jurisprudence.

8. L'art. 420 ne peut être appliqué que lorsque le contrat de vente de marchandises est constant ou avoué : si la contestation roule sur son existence même, il faut suivre les règles ordinaires.

9. Suivant E. Vincens, l'art. 420 s'applique non-seulement au cas de vente de marchandises, mais encore à toutes les obligations qui ont pour objet un trafic de marchandises. — Cette opinion paraît conforme à l'esprit de la loi. — Jurisprudence.

10. L'art. 420 étant une exception au principe général, il faut que ses conditions soient exactement suivies.

11. *Lieu où la promesse a été faite.* — La majeure partie des affaires commerciales se traitent par lettres ou par intermédiaires.

Le lieu de la promesse est celui où, répondant à son correspondant, la personne provoquée a donné son acceptation, et non celui d'où est partie la proposition. — Arrêt de la cour de Bordeaux. — Citation de Jousse. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

12. L'acceptation peut être tacite et résulter de l'exécution : exemple. — Arrêt de la cour de Douai.

13. Dans les commandes faites par des commis voyageurs, il faut, pour savoir où la promesse a été faite, rechercher quelle était, en fait, l'étendue du mandat donné au commis voyageur. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Citation d'un arrêt de la cour de Montpellier. — Dissentiment avec Orillard.

14. *Marchandise livrée.* — Dispositions de la loi.

15. Ventes au poids, au compte ou à la mesure. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

16. *Lieu où le payement devait être effectué.* — Citations de Jousse, du droit romain et de Bornier.

17. Le mot *payement*, dans le 3e § de l'art. 420 doit être pris dans son acception restreinte. — Arrêt de la cour d'Agen, opinion des auteurs.

18. Il faut que l'indication du lieu du payement soit positive. — Arrêt de la cour de Nancy, opinion des auteurs.

19. Quel est le lieu où, en général, le payement doit être effectué ?

20. Exceptions. — Citation de Toullier et de Pardessus.

21. Ventes au comptant. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

22. Changement de domicile du défendeur pendant l'instance engagée. — Arrêt de la cour de cassation, opinion des auteurs.

23. Indication d'un lieu de payement dans les factures adressées à l'acheteur. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

24. Principes généraux consacrés par la jurisprudence et huit espèces particulières par elle résolues.

25. Opérations diverses portées dans un compte courant. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

« Le demandeur pourra assigner à son choix :
» Devant le tribunal du domicile du défendeur ;
» Devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée ;
» Devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devrait être effectué. »

(ART. 420 du *Code de proc. civ.*)

1. L'ordonnance de 1673, qui a fourni au législateur de 1807 de si précieux, de si abondants matériaux, avait, pour les matières commerciales, permis au demandeur de déroger à la règle générale que nous venons de rappeler. — Les exceptions par elle admises avaient parfois pour but d'élargir, au profit du demandeur, le cercle de la compétence consulaire, et parfois aussi elles avaient pour objet de resserrer ce cercle, en indiquant un tribunal spécialement compétent, à raison de la nature particulière du litige. — L'art. 17 du tit. XII de cette ordonnance disait : « Dans les matières attribuées aux » juges et consuls, le créancier pourra faire » donner l'assignation à son choix, ou au lieu » du domicile du débiteur, ou au lieu auquel » la promesse a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu auquel le payement doit être » fait. »

L'art. 420 du Code de proc. civ. non-seulement s'est approprié le fond de ces dispositions, mais encore en a presque identiquement reproduit les termes. — Ainsi que l'on peut s'en convaincre, en parcourant Locré, tome IX,

pages 15 et suivantes, après de sérienses discussions, on convint d'accepter dans leur entier les principes de l'ordonnance ; l'expérience avait paru plus forte que toutes les objections qui les avaient attaqués, et le rapporteur résumait la discussion en proposant a de copier » textuellement l'ordonnance, » proposition qui fut adoptée.

En effet, comme cette ordonnance, l'art. 420 donne au demandeur l'option d'assigner :

1° Au domicile du défendeur ;

2° Devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée;

3° Devant celui dans l'arrondissement duquel le payement devait être effectué.

2. Il est indispensable d'examiner tour à tour ces trois indications de la compétence.

Et d'abord, en règle générale, les termes de l'art. 420 sont si absolus, qu'ils s'appliquent même aux contestations commerciales, mues entre deux étrangers [1].

3. *Option du demandeur.* — Les termes de la loi sont si favorables, si absolus, que l'option du demandeur a été étendue autant que possible. On a jugé qu'elle pouvait s'exercer dans tous les cas, même en matière de faillite. [2].

4. Toutefois, le demandeur ne peut, au gré de son caprice, promener le défendeur de tribunal en tribunal ; quand il a fait son choix, il ne peut dessaisir le tribunal auquel il a déféré la contestation pour la porter devant un autre [3].

5. *Domicile du défendeur.* — Cette première indication est la confirmation de la règle générale. Le législateur, en ouvrant au demandeur de nouvelles sources où il pourra rechercher justice, n'a point entendu lui fermer celle où chacun peut puiser d'ordinaire.

Par conséquent, quoique l'art. 420 n'autorise pas le demandeur à assigner au lieu de la résidence, quand le défendeur n'a pas de domicile, il est certain qu'il n'exclut pas ce droit [4].

Il peut également, quand il y a plusieurs défendeurs, les assigner tous devant le tribunal du domicile de l'un d'eux à son choix, conformément au § 2 de l'art. 59 du Code de proc. civ. [5].

Plus tard, en examinant l'influence que la volonté des parties peut exercer sur la compétence, nous reviendrons sur les diverses modifications dont est susceptible le domicile du défendeur.

6. *Lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée.* — A ce sujet Jousse fait une observation des plus importantes : « Le lieu où » la promesse a été faite et la marchandise fournie étant le lieu où le débiteur a contracté, » il est juste qu'il puisse y être assigné, ce qui » est conforme à la disposition de droit en la » loi *si longius*, § *finali*, ff. *de judiciis*.

» Au reste, la conjonction *et*, qui est ici apposée, fait voir qu'*il faut l'une et l'autre de ces » conditions*, c'est-à-dire que la promesse ait été » faite et la marchandise fournie dans le lieu ; » car si la promesse a été faite en un lieu et » la marchandise fournie en un autre, alors on » ne pourrait faire assigner le débiteur au lieu » où la promesse a été faite, ou au lieu où la » marchandise a été fournie ; mais il faut nécessairement que ces deux choses concourent. » Page 332.)

Le savant annotateur de Jousse, Becane, remarque avec raison que les commentateurs du Code de procédure se sont emparés de cette observation, qui explique notre loi moderne, comme elle expliquait la loi ancienne [6].

Ainsi l'on doit tenir pour constant que le demandeur ne pourrait assigner ni devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite, ni devant celui du lieu où la marchandise a été livrée, si, d'après la convention, la promesse avait été faite dans un lieu et la marchandise livrée dans un autre.

7. Quand l'art 420 permet au demandeur d'assigner devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, cela s'entend de tout demandeur et de tout défendeur. — Ainsi l'acheteur pourra traduire devant ce tribunal son vendeur pour voir dire que la vente sera résiliée et que la marchandise achetée et livrée sera reprise, tout aussi bien que le vendeur pourrait y assigner l'acheteur, pour voir dire que la vente sera exécutée et le payement effectué [7].

8. C'est une propension facile à comprendre que celle qui porte le demandeur à choisir le terrain sur lequel il doit porter l'attaque. Il est donc juste de se mettre en garde contre le désir qu'on peut lui supposer de distraire le défendeur de ses juges naturels. Ce serait chose bien facile, si l'on admettait que la juridiction peut être déplacée par la simple allégation qu'il y a eu en tel lieu promesse faite et marchandise livrée. Le contrat de vente engendre de nombreuses

---

[1] Montpellier, 22 janv. 1841 (S.-V., 41, 2, 133).

[2] Toulouse, 15 janv. 1828 (S.-V., 28, 2, 107.)

[3] Cass., 23 sept. 1807 (S.-V., 9, 1, 87); — cass., 18 mars 1812 (S.-V., 12, 1, 247). *Voy.* Despréaux, n° 248.

[4] Brux., 29 juin 1824 (*Pasicrisie belge*). — Chauveau-Carré, *Lois de la proc.*, n° 1506.

[5] Cass., 8 juill. 1814. — Lepage, *Questions*, page 274. — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1513 ; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 714 ; — Favard, tome V, page 706, n° 2.

[6] Angers, 3 janv. 1810 (S.-V., 14, 2, 499), — cass., 4 déc. 1811 (S.-V., 13, 1, 367); — cass., 22 janv. 1818 (S.-V., 18, 1, 311); — Poitiers, 25 fév. 1825, et cass., 3 mai 1826 ; — Lyon, 24 août 1831 ; — Bordeaux, 15 déc. 1833. — Locré, sous les art. 642 et 643 ; — Pardessus, n° 1354 ; — Orillard, n° 607 *bis* ; — Thomine, tome 1er, page 645 ; — E. Vincens, tome 1er, page 162 ; — Despréaux, n° 323 ; — Carré, *Lois de la procéd. civ.*, tome III, sous l'art. 420 ; *Lois de la compét.*, art. 398. — Favard, v° *Tribunal de comm.*, sect. 2, § 2, n° 3, tome V, page 788 ; — De Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Compétence*, § 2, nos 14 et 13, page 188 ; — Merlin, v° *Trib. de comm.*, n° 3, tome XIV, page 180, — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 713 ; — E. Cadrès, page 3.

[7] Cass., 30 juin 1807. — Paris, 3 juill. 1828.

difficultés, non-seulement quand il est avoué et en partie exécuté, mais encore quand il est entièrement méconnu. Dans ce dernier cas, ainsi que le dit Pardessus, page 34, s'il y a contestation sur l'existence de la vente avant la livraison, c'est au tribunal du domicile du défendeur que cette question doit être portée; car la vente en elle-même étant en question, la compétence particulière, qui n'en est que le résultat, ne peut être invoquée.

Dès lors l'art. 420 est seulement applicable lorsque la vente est reconnue, ou résulte d'un titre certain, ou a déjà été constatée par une décision judiciaire.

9. E. Vincens, interprétant le mot *vente*, contenu dans l'art. 420, dit : « On sait qu'il y a une étroite assimilation entre les obligations de faire, de livrer et de vendre. Ici, par *la marchandise livrée*, il faut entendre, selon l'analogie, plus que la marchandise proprement dite, et considérer comme compris dans la disposition, *le louage* autant que *la vente* » (Chap. 4, page 162.) A l'appui de son opinion, cet estimable auteur cite un arrêt de la cour de cassation, du 1er juillet 1814. (S.-V., 15, 1, 15.)

J'avoue que pour ma part, sans être arrivé à une conviction entière, j'incline vers cet avis : il me semble que la pensée du législateur a été celle-ci : Considérer comme une élection positive de domicile la réunion dans un même lieu de la *convention* et du *fait de l'exécution*, à l'occasion d'*un trafic* de marchandises. — Déjà nous avons vu l'art. 632 du Code de comm., définissant les actes de commerce, parler d'abord de l'achat des marchandises *pour les revendre*, et puis mettre sur la même ligne l'achat pour *louer l'usage*. — Cependant un arrêt de la cour de Bordeaux, du 22 mars 1836 (S.-V., 37, 2, 138), a récemment décidé le contraire.

10. Il n'est pas sans utilité de dire que l'article 420 étant en dernière analyse une exception au principe général, il faut que la double condition, qui permet au demandeur de choisir le lieu de l'ajournement, soit expressément justifiée, sans cela la compétence du tribunal du domicile du défendeur doit être maintenue.

11. *Lieu où la promesse a été faite.* — Lorsque les contractants sont en présence l'un de l'autre dans le même lieu, et constatent leurs arrangements par un acte, il ne peut exister de doute sur le lieu où la promesse a été faite ; ce lieu, c'est celui où le consentement, l'acceptation ont été donnés ; mais dans les affaires commerciales, les opérations se traitent souvent par correspondance, ou par intermédiaires, *per epistolam aut per nuntium*, comme le dit Pothier (*Des obligations*, n° 4). Dans ce cas, la désignation du lieu de la promesse est plus difficile.

Le lieu sera-t-il celui où la proposition a été faite, ou bien, au contraire, celui où, répondant à son correspondant, la personne provoquée a donné son acceptation?

Dans les achats, dans les ventes, dans les opérations qui exigent le concours de deux volontés, il n'existe de lien de droit que lorsque les deux parties ont adhéré au contrat. Dès lors, c'est au lieu où la proposition s'est changée en convention formelle, c'est-à-dire au lieu où l'acceptation a été donnée, que la promesse est réputée faite. — Peu importe que l'acceptation ait été donnée par le répondant, non pas à son domicile, mais seulement en un endroit où il était de passage. — Ainsi un négociant de Lyon se trouvant accidentellement à Paris y reçoit et y accepte une commande qu'il doit remplir et qu'il remplit à Paris : c'est à Paris, et non à Lyon, que le marché a été conclu [1].

Déjà Jousse disait cela dans ses notes sous l'art. 12 de l'ordonnance : « Quand un marché se fait par lettres entre deux négociants, comme cela arrive le plus souvent, le lieu où la promesse a été faite est celui du domicile du marchand qui accepte le marché, parce que c'est cette acceptation qui accomplit la convention. »

Ainsi la promesse aura été faite au domicile du vendeur lorsque recevant une commande de l'acheteur, qui a pris l'initiative du marché, il expédie les marchandises à lui demandées. — Au contraire, ce sera au domicile de l'acheteur que la vente aura été définitivement conclue, et la promesse faite, lorsque cet acheteur, provoqué par le vendeur, a déclaré autoriser la livraison sollicitée [2].

12. L'acceptation peut être tacite et résulter de l'exécution. Par exemple, un négociant de Paris propose à un négociant de Bordeaux de lui acheter des marchandises et de les remettre à son commissionnaire en cette dernière ville ; le négociant de Bordeaux, sans répondre une lettre, livre la marchandise au commissionnaire à lui indiqué ; cette exécution est une acceptation formelle, constituant une convention qui sera réputée passée à Bordeaux [3].

13. La majeure partie des placements de

---

[1] Bordeaux, 15 déc. 1835. *Voy.* Orillard, n° 807 *bis*.

[2] Lorsqu'une demande de marchandises a été faite par lettre au domicile du vendeur, et que la marchandise a ensuite été expédiée au domicile de l'acheteur, c'est au domicile du vendeur que la vente est réputée avoir été faite et la marchandise livrée.

En conséquence l'acheteur peut être assigné en payement devant le tribunal de ce domicile. (Brux., 24 août 1830 ; *J. de Br.*, 1830, 2, 262 ; Dalloz, 8, 437.)

Metz, 30 nov. 1805 (S.-V., 3, 2, 72) ; — Bourges, 18 janv. 1823 (S.-V., 23, 2, 190) ; — Limoges, 18 janv. 1828 (S.-V., 28, 2, 336) ; — Brux., 24 août 1830 (*Journ. de Brux.*, 1830, 2, 262) ; — cass., 24 août 1838 (S.-V., 30, 1, 288). — Colmar, 17 fév. 1840 (S.-V., 40, 2, 385). — Paris, 23 nov. 1841 ; — Bogue, tome 1er, n° 38, page 22 ; — Merlin, v° *Trib. de comm.*, tome XIV, n° 6, page 189 ; — Favard, v° *Trib. de comm.*, page 787. — Carré, *Lois de la comp.*, tome VII, page 367. — Pardessus, n° 1354 ; E. Vincens, tome 1er, liv. IV, page 163 ; — Despréaux, n° 228 ; — Orillard, n° 608 ; — De Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Compétence*, § 3, nos 16 et 17, page 188 ; — Teulet, note 21, sous l'art. 442 du *Code de proc.*, tome II, page 223.

[3] Douai, 24 mai 1833.

marchandises s'opère par l'entremise des commis voyageurs. On s'est demandé si les marchés par eux accomplis devaient être réputés consommés aux lieux où ils les avaient faits, ou au contraire aux lieux où étaient établies les maisons dont ils dépendent. De longues controverses se sont élevées à l'occasion de cette difficulté, qui ne me paraît nullement mériter les honneurs d'une discussion théorique. Les tribunaux, pour la résoudre, doivent consulter les faits, faire une distinction toute naturelle et rechercher la nature du mandat confiée à ces intermédiaires.

Si le commis voyageur est en quelque sorte un gérant de la maison, agissant par procuration, achetant, vendant, passant des marchés parfaits, qui ne comportent ni autorisation postérieure, ni ratification, alors c'est la maison elle-même qui s'engage et qui contracte une promesse au lieu où la parole a été donnée [1].

Mais si le commis voyageur est un simple solliciteur de commissions, s'il ne fait pas de traités, s'il se borne à faire ou à recevoir des propositions *ad referendum*, et si l'acceptation de la maison n'est que postérieure à ces pourparlers, *la promesse* n'est censée faite qu'au lieu où siége la maison représentée [2].

Pour justifier cette distinction il est utile de citer les motifs remarquables de l'arrêt de la cour de Montpellier, que la cour de cassation a confirmé le 19 décembre 1821 en rejetant le pourvoi formé contre lui :

« Attendu qu'à défaut de pouvoir et d'une procuration spéciale qui les autorisent à conclure définitivement tout marché pour le compte de la maison au nom de laquelle ils agissent, les commis voyageurs n'*ont d'autre mandat que de recevoir des ordres*, qui, par eux transmis à leurs commettants, ne forment un véritable contrat que par l'acceptation que ceux-ci en font ;

» Que, dans l'espèce, rien ne justifie que le commis ait reçu pouvoir de traiter définitivement; que dès lors, en recevant la commission, il s'est borné à la transmettre à sa maison ; que cette reception ou transmission ne constitue pas une vente définitive ; que la marchandise a été livrée incontestablement à Cette (*C'était le lieu où était établi l'expéditeur*) ;

» Attendu dès lors que les deux conditions voulues par le deuxième paragraphe de l'art. 420 se trouvant réunies, l'expéditeur a eu le choix d'assigner le défendeur devant le tribunal de Cette ;

» Etc. »

Au, surplus comme il s'agit d'un fait à constater, il entre dans le domaine souverain des tribunaux et des cours royales, de rechercher quelle était l'étendue des pouvoirs conférés aux commis.

On fait une objection, qui ne saurait avoir aucune influence sur le droit applicable à la question, mais qui ne manque pas de justesse au point de vue des intérêts commerciaux. « Il n'est pas toujours facile, dit Orillard, n° 609, de reconnaître si un commis voyageur a agi comme mandataire ou comme solliciteur de commissions. De là des difficultés sans nombre. » Cela est vrai, mais quelle conséquence à en tirer? Ce serait un triste remède que de décider que la promesse est toujours censée passée avec le commis voyageur. Pour une question de compétence, qui a son importance, il est vrai, on favoriserait les écarts déjà trop fréquents des voyageurs de commerce et l'on exposerait les maisons représentées à de graves dangers.

En ces matières s'il existe quelque négligence, elle est à reprocher à ceux qui traitent avec le commis voyageur. — Un commis ordinaire placé sous les yeux du patron, reçoit son impulsion incessante et peut difficilement usurper des pouvoirs. Le commis voyageur, au contraire, est lancé au loin des affaires centrales de celui dont il dépend et qui ne peut exercer sur ses actions un utile contrôle. C'est donc aux personnes avec lesquelles il se met en rapport à agir avec circonspection, et à se faire représenter le mandat dont il est investi. Quand elles veulent ou s'engager ou l'engager dans un contrat formel, cela est pour elles un devoir rigoureux et que commande la plus simple prudence. Tant pis pour elles si elles le méconnaissent. — Quand, au lieu d'une convention parfaite d'ores et déjà, il n'est question que de commandes et de propositions de vente, alors l'intérêt est moins pressant, et l'objection devient sans force.

C'est ce qui justifie, non pas en droit, mais en équité, la distinction qui paraît dominer dans la jurisprudence.

14. *Marchandise livrée.* — Après avoir déterminé la première circonstance, le lieu où la promesse a été faite, il me reste à rechercher la seconde, le lieu où la marchandise a été livrée.

Le lieu de la promesse est celui où la convention a acquis sa perfection. Le lieu de la livraison est celui où cette convention a reçu son exécution [3]. Lorsque la promesse intervenue entre parties présentes a été suivie réellement

[1] Cass., 15 nov. 1811 (S.-V., 13, 1, 367 ; Dalloz, 5, 451) ; — Poitiers, 23 fév. 1823 (Dalloz, 5, 448) ; — Toulouse, 12 avril 1824 (S.-V., 26, 2, 128 ; Dalloz, 5, 453) ; — Limoges, 14 mars 1826 (S.-V., 28, 2, 188) ; — Bordeaux, 22 avril 1828 (S.-V., 28, 2, 337) ; — cass., 21 avril 1830 (S.-V., 30, 1, 279) ; — cass., 3 mars 1835 (S.-V., 35, 1, 209) ; — Aix, 22 janv. 1840. *Voy.* Orillard, n° 609.

[2] Cass., 19 déc. 1821 (S.-V., 22, 1, 306) ; — Montpellier, 21 déc. 1826 (S.-V., 27, 2, 213) ; — Lyon, 28 mars 1827 (S.-V., 28, 2, 41) ; — Bordeaux, 16 nov. 1833 (S.-V., 34, 2, 140) ; — Montpellier, 24 déc. 1841 (S.-V., 42, 2, 145). — Dalloz, tome V, page 437 ; — Pardessus, n° 1354 ; — Despréaux, n°s 231 et 232 ; — Carré, *Lois de la compét.*, art. 698, *Lois de la proc.*, quest. 1607 ; — L. Cadrès, pages 8 et 9 ; — Toullier, note 86, sous l'art. 442 du *Code de proc.*, tome II, page 226. — Massé, *le Dr. comm. dans ses rapports*, etc., tome II, n° 57. *Voy.* Orillard, n° 609.

[3] Doit être considéré comme le lieu de la livraison celui d'où l'expédition de la marchandise vendue a été faite, à

d'une délivrance instantanée, il ne peut s'élever aucun doute. Mais lorsque les deux circonstances ont été réalisées à des moments différents et en l'absence des parties ou de l'une d'elles, alors il est indispensable de consulter certains éléments du fait pour obtenir une appréciation exacte.

Diverses situations peuvent se présenter ; elles ont été fort nettement prévues par nos Codes.

L'art. 1604 du Code civil commence par définir la délivrance ; c'est « le transport de la » chose vendue en la puissance et possession de » l'acheteur. »

Puis, les art. 1247 et 1609 du Code civil, et 100 du Code de comm., déterminent dans quel lieu commencent pour l'acheteur cette puissance et possession.

L'art. 1247 enseigne en termes généraux que « le payement [1], lorsqu'il s'agit d'un corps » certain et déterminé, doit être fait dans le lieu » où était, au temps de l'obligation, la chose qui » en fait l'objet. »

L'art. 1609 fait une application spéciale à la vente et dit : « La délivrance doit se faire au lieu » où était, au temps de la vente, la chose qui en » fait l'objet. »

De son côté, l'art. 100 du Code de comm. s'explique expressément sur la livraison des marchandises : « La marchandise sortie du ma» gasin du vendeur ou de l'expéditeur, voyage, » s'il n'y a convention contraire, aux risques et » périls de celui à qui elle appartient, sauf son » recours contre le commissionnaire et le voi» turier chargés du transport. » — Ainsi le principe général est celui-ci : Le corps certain et déterminé, notamment la marchandise, est censé livré au lieu où il était et d'où il est sorti du magasin du vendeur.

Cependant la volonté des parties peut déterminer un autre lieu que celui où se trouvait le corps certain et déterminé au moment du contrat. Les mêmes articles admettent que la convention forme la loi première entre les contractants; l'art. 1247 commence en disant : « Le payement doit être exécuté dans le lieu » désigné par la convention. » L'art. 1609 et l'art. 100 prévoient aussi le cas où il intervient une convention contraire à la présomption légale, et ordonnent son exécution.

Enfin, il fallait poser une troisième règle pour le cas où ni l'une ni l'autre des deux hypothèses précédentes ne se réalisent : c'est ce que fait l'art. 1247, qui se termine par ces mots : « Hors ces deux cas, le payement doit être fait » au domicile du débiteur. »

Voilà les éléments dans lesquels on peut, suivant les circonstances, reconnaître le lieu où la marchandise a été livrée.

15. Il est pourtant une espèce particulière qu'il ne faut pas oublier de rappeler. — Quelquefois les marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure. Dans ce cas, la vente n'est parfaite que lorsque l'acheteur, ayant reçu ces marchandises, a procédé à leur vérification et pesé, compté ou mesuré; c'est alors au lieu où ces marchandises sont remises à l'acheteur et où les opérations sont faites, que s'accomplit la circonstance de la livraison. Cela résulte de l'art. 1585 du Code civil. Cette circonstance, essentielle à constater quant au lieu de la livraison, n'aurait aucune influence quant au lieu où la promesse a été faite : si, en effet, la vente est suspendue jusqu'à l'accomplissement des opérations de mesurage et autres, ces opérations faites, elle reprend son empire à partir du jour et du lieu du contrat [2].

16. *Lieu où le payement devait être effectué.* — Si le § 3 de l'art. 420 exige cumulativement la promesse et la livraison dans le même lieu, pour que le défendeur puisse y être attiré, le § 4 se contente de l'indication du lieu du payement pour que le défendeur ne puisse décliner la compétence du tribunal de ce lieu. — Jousse en donne la raison : « C'est parce que le débiteur » s'est obligé à payer en ce lieu, où le contrat a » eu son exécution et sa perfection. » (Page 333.) — *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit.* (Loi 21, ff. *de obligationibus et actionibus*; — loi 19, § 4, ff. *de judiciis*; — loi 1, ff. *de eo quod certo loco*; et loi uniq. Cod. *ubi conven. qui certo loco*). — Bornier disait aussi : « Le lieu du payement fait partie de l'obligation, en telle sorte que le débiteur peut être convenu au lieu auquel le payement a été destiné, quoiqu'il ne soit pas le lieu de son domicile. La raison est parce que le contrat est censé fait au lieu où le payement doit être fait » (sous l'art. 17, titre XII, page 746).

17. Tout à l'heure, à l'occasion de l'art. 1247 du Code civ., qui dispose en termes généraux, nous disions que l'on devrait entendre par *payement* l'accomplissement de toute obligation dont on s'était imposé la charge. Ici, cette expression ne saurait être prise dans un sens

moins qu'il n'y ait stipulation contraire. (Liége, 17 juillet 1843.)

Le payement doit toujours, sauf stipulation contraire, être effectué au lieu de la livraison des marchandises. (La Haye, 13 juill. 1825, *Pasicrisie.*) *Voy.* Carré—Chauveau, nº 1307 *bis*, et Pardessus, nº 1354; Favard, tome V, page 708; Carré, *Lois de la compét.*, nº 242.

[1] Le mot *payement* est ici générique à toutes les obligations. La loi romaine définissait le payement : « *Solu» tionis verbo, satisfactionem quoque omnem accipiendam » placet; solvere dicimus eum qui fecit quod facere pro» misit.* » L. 176, ff. *de verborum significatione*. — L. 59, ff. *de solutionibus*.

[2] Brux., 26 janv. 1828 (*Journ. de Bruxelles*, 1829, 2, 67); — Brux., 9 déc. 1830 (*Journ. de Bruxelles*, 1831, 1, 51). — Despreaux, nº 233. — E. Cadrès, pages 11 et 14.

Le tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel le payement doit être effectué est compétent pour connaître non-seulement du litige ayant pour objet le prix lui-même, mais encore de toutes autres prétentions qui résultent de la convention. (Brux., 22 oct. 1831; *J. de Br.*, 1831, 2e, page 198.)

aussi étendu. L'art. 420 la mettant en opposition avec une vente de marchandises, il nous paraît évident qu'elle doit être reçue comme une numération en espèces ou en choses équivalentes [1].

18. Comme nous le disions à l'occasion de la vente elle-même, de la promesse faite et de la marchandise livrée, il faut, pour que le lieu du payement soit attributif de juridiction, qu'il n'y ait aucune équivoque sur son indication; que la convention alléguée soit clairement prouvée, car on ne doit pas s'emparer de cette circonstance pour distraire habilement le défendeur de ses juges naturels [2].

Mais une fois le lieu de la promesse et de la livraison reconnu, ou l'indication du payement constatée, la question de compétence ne saurait être obscurcie par les moyens du fond que le défendeur pourrait mettre en avant. — Ainsi, peu importe qu'il vienne réclamer un *laissez-pour-compte*, sous prétexte que la marchandise n'est pas conforme à l'échantillon, n'est pas loyale et marchande, ou a été détériorée par le fait de l'expéditeur. Toutes ces allégations seront appréciées après que le tribunal aura retenu la connaissance de l'affaire, et par ce même tribunal [3].

19. *Mais quel est le lieu où le payement devra être effectué?*

Les conventions légalement formées faisant la loi des parties, et aucune loi ne leur interdisant de faire l'indication du lieu de payement, si, lors de la convention ce lieu a été précisé, cette énonciation doit être suivie avant toute autre. — C'est alors devant le tribunal du lieu choisi qu'il faut porter l'action en condamnation. — C'est l'art. 1247 du Code civ. qui le décide ainsi.

Si la convention est muette, ce même article indique encore la règle qu'il faut appliquer : « Hors ce cas, le payement doit être fait au » domicile du débiteur. » — C'est là qu'il faut le réclamer judiciairement.

20. Cependant, il est des exceptions que le commerce comporte; il est des usages tellement constants, si généralement suivis, qu'ils peuvent être considérés comme une convention tacite.

Il n'est pas toujours nécessaire que le lieu du payement soit spécifié, pour qu'il puisse être réclamé ailleurs qu'au domicile du débiteur. Cette faculté peut ressortir du caractère particulier de l'obligation et des accessoires de son exécution. (Toullier, tome VII, page 110.) — Ainsi, dit Pardessus, n° 917, dans le *Prêt à la grosse*, le payement doit être fait au lieu où finit le risque; les demandes pour contributions aux avaries doivent être portées devant les juges du lieu où l'on procède au règlement.

21. Une exception prévue par la loi est celle que régit l'art. 1651 du Code civ., qui dispose :

« S'il n'a rien été réglé à l'égard du payement, » lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu » et dans le temps où doit se faire la déli- » vrance. »

Lorsque l'acheteur doit payer *au lieu et dans le temps* où se fait la délivrance, c'est lorsque la vente a été faite *au comptant*. C'est là où est la chose et où on la livre que le payement doit être effectué, et que, s'il ne s'effectue pas, l'assignation doit être donnée.

Mais lorsque la vente est faite *à terme*, et qu'il n'a rien été stipulé quant au lieu du payement, c'est alors que l'on fait retour au principe général de l'art. 1247 : et, qu'on le remarque, cet article est un hommage rendu à la règle consacrée en l'art. 59 du Code de proc., qui, en *matière personnelle*, donne au défendeur les juges de son domicile, puisque l'obligation de payer est une matière pure personnelle [4].

22. *Le changement de domicile du défendeur pendant l'instance doit-il faire renvoyer la cause devant le nouveau domicile* [5]?

23. *L'énonciation, dans la facture accompagnant les marchandises vendues, que le prix en sera payé au domicile du vendeur est-elle attributive de juridiction au tribunal de commerce de ce domicile?*

De même que nul ne peut se constituer un titre, de même nul ne peut, à l'aide d'énonciations habilement calculées, étendre les priviléges que son titre lui confère; — dès lors, quand des marchandises vendues à terme arrivent accompagnées de la facture, les mentions faites sur cette facture par l'expéditeur seul n'ont pas le pouvoir de lier le destinataire. Celui-ci a le droit de protester directement contre les prétentions nouvelles que l'on soulève sans avoir pour excuse une convention antérieure, ou de protester indirectement en refusant la marchandise ; sa protestation suffit pour réserver toutes ses exceptions, et pour empêcher que la juridiction ne soit changée par cette voie détournée.

Mais l'acheteur doit bien se garder de donner

[1] Agen, 8 mai 1824 (Dalloz, 3, 443). — Dalloz, tome V, page 378; — Carré, *Lois de la compét.*, tome VII, page 372, en note.

[2] Nancy, 8 avril 1830. — Pardessus, n° 1354. *Voy.* Orillard, n° 617.

[3] Cass., 30 juin 1807 (Dalloz, 3, 375); — Paris, 25 avril 1823; — cass., 14 mars 1825. — Carré, *Lois de la comp.*, art. 308. *Voy.* Orillard, n° 517

[4] Cass., 14 juin 1813 (S.-V., 13, 1, 353); — Paris, 8 mai 1813 (S.-V., 17, 2, 43); — cass., 14 nov. 1821; — Limoges, 18 fév. 1824; — Toulouse, 18 avril 1824; — cass., 5 mai 1824 (Dalloz, 3, 436). — Bornier, sous l'art. 17 du titre XII de l'ordonnance de 1673, page 746; — Merlin, v° *Trib. de comm.*, n° 5, page 487; — Carré, *Lois de la comp.*, tome VII, page 378; — Favard, v° *Tribunal de comm.*; — Orillard, n° 818; — Pardessus, n° 1354; — Despréaux, n° 238; — E. Vincens, tome 1er, page 164.

[5] Un arrêt de la cour de cass., du 29 mars 1808, rapporté par le *Praticien français*, tome 1er, page 286, a décidé la négative. — Carré, *Lois de la proc.*, tome 1er, page 438.

aux faits de l'expéditeur une adhésion expresse ou tacite, soit en répondant par lettres que les choses vont au mieux, soit en recevant purement et simplement les marchandises et la facture sans élever de réclamations sur son contenu. S'il se taisait ou s'il acceptait, son silence ou son acceptation formeraient un nouveau contrat, détermineraient le lieu du payement, et seraient attributifs de juridiction au tribunal de ce lieu [1].

Cependant il a été jugé que l'énonciation dans la facture que le prix des marchandises vendues sera payé au domicile du vendeur, n'est pas attributive de juridiction au tribunal de commerce de ce domicile, alors même que la facture aurait été reçue sans réclamation [2].

Il en a été décidé de même lorsque, sans protester directement contre les énonciations de la facture, l'acheteur a refusé les marchandises [3].

24. *Difficultés particulières résolues par la jurisprudence.* — L'art. 420 consacre une faveur accordée au commerce : pour accélérer et pour rendre plus facile la distribution de la justice, le législateur a pensé qu'il ferait chose utile en donnant au demandeur le choix entre plusieurs tribunaux. — Mais ces expressions, *marchandise livrée*, avaient jeté du trouble dans certains esprits : on soutenait qu'elles se rapportaient uniquement au cas où des marchandises étaient livrées et vendues. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas accepté une semblable restriction, elles ont décidé avec raison qu'il fallait, dans ce cas, étendre plutôt que resserrer le cercle de la compétence commerciale ; que le sens intime de la loi était d'attribuer à plusieurs tribunaux, parmi lesquels on pourrait avoir intérêt à en choisir un en particulier, toutes les contestations relatives aussi bien au trafic qu'à la vente directe des marchandises, et encore toutes celles qui, sans s'élever précisément à l'occasion de marchandises, se lient à des conventions, à des obligations de faire, ayant le commerce pour objet [4].

C'est d'après ce principe que la jurisprudence a rendu les solutions suivantes :

1° Le commerçant domicilié à Troyes, qui reçoit, d'un commerçant domicilié à Paris, des toiles pour les faire blanchir, peut être assigné, en cas de retard, devant le tribunal de commerce de Paris, où il était convenu que les marchandises seraient restituées, et que le prix du travail serait payé [5].

2° Les contestations relatives au règlement de comptes entre un entrepreneur général de service de transport et un individu qu'il a préposé à une partie de ce service, sont de la compétence du tribunal du domicile de ce sous-entrepreneur, si c'est dans ce lieu que ce dernier a accepté les propositions qui lui étaient faites, et que le payement de ses avances serait effectué [6].

3° Le lieu où le commissionnaire a été chargé d'expédier des marchandises est attributif de juridiction pour connaître des demandes formées contre lui pour défaut de livraison, ou par lui en payement de ses avances, si c'est aussi en ce lieu que la proposition a été agréée par lui. — Dans ce cas, il faut appliquer le troisième alinéa de l'art. 420 [7].

4° Le consignataire qui a fait des avances sur les marchandises déposées en ses mains, et à raison desquelles il doit être payé sur le prix de ces marchandises, peut assigner le déposant tombé en faillite ou ses représentants, devant le juge de son propre domicile qui est le lieu où le payement de ses frais devait avoir lieu [8].

5° Dans le cas de difficulté relative à l'exécution et à la reddition d'un mandat commercial, le mandataire doit être assigné devant le tribunal de son domicile, et non devant celui du lieu où son salaire lui a été payé. — Ce n'est pas le cas d'appliquer le quatrième paragraphe de l'art. 420 [9].

---

[1] Limoges, 14 mars 1828 (S.-V., 28, 2, 155) ;—cass., 24 avril 1830 (S.-V., 30, 1, 279) : — Lyon, 19 août 1831 (S.-V., 35, 2, 207) ; —Colmar, 16 juill. 1833 (S.-V., 33, 2, 307) ; — cass., 6 mars 1833 (S.-V., 33, 1, 438) ; — cass., 3 mars 1835 ; — Douai, 6 fév. 1836 (S.-V., 38, 2, 466) ; — Douai, 13 déc. 1837 (S.-V., 38, 2, 469) ; — Limoges, 4 avril 1838 (S.-V., 38, 2, 466). — Rouen, 4 juin 1838 (S.-V., 39, 2, 266) ; — Rouen, 16 janv. 1839 (S.-V., 39, 2, 267) ; — Bordeaux, 31 juill. 1839 (S.-V., 40, 2, 32). — Aix, 24 juin 1842 (S.-V., 43, 2, 166). — Rouen, 11 fév. 1843 (S.-V., 43, 2, 166). — Despréaux, n° 235 ; — Orillard, n° 619, — Favard, tome V, page 706, — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1506 *bis* ; — E. Cadrès, tit. 1er, page 17 ; — Teulet, note 38, sous l'art. 442 du *Code de proc.*

[2] Toulouse, 24 mai 1839 (S.-V., 39, 2, 472).

Bien qu'une facture porte que le payement des marchandises y mentionnées aura lieu dans tel endroit déterminé, celui par qui ce payement doit se faire peut être admis à prouver que lors de la vente il a été expressément convenu que le payement se ferait dans tel autre lieu, sans que son silence sur l'énonciation de la facture relativement au lieu du payement suffise pour qu'on puisse en induire une dérogation à la convention expresse faite antérieurement. (Brux., 6 sept. 1831 ; *J. de Br.*, 1831, 2, 125.)

[3] Douai, 27 juill. 1828 et 29 juin 1833 (S.-V., 36, 2, 468, en note) ; — cass., 3 mars 1835 (S.-V., 35, 1, 208) ; — Limoges, 13 mars 1838 (S.-V., 38, 2, 474).

[4] Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Tribunal de comm.*, nos 163 et suiv., page 350 ; — Pardessus, n° 1355, — Orillard, n° 614 ; — Despréaux, n° 249 ; — E. Vincens, tome 1er, page 163 ; — De Villeneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Compétence*, n° 34 ; — E. Cadrès, tit. 1er, page 23 ; — Teulet, note 39, sous l'art. 443 du *Code de proc.*, tome II, page 225.

Cependant, en sens contraire, Colmar, 17 fév. 1840 (S.-V., 40, 2, 385).

[5] Paris, 23 avril 1825 (S.-V., 26, 2, 253). *Voy.* Orillard, n° 617.

[6] Cass., 14 mars 1826 (S.-V., 26, 1, 400).

[7] Metz, 30 nov. 1806 (S.-V., 7, 2, 886) ; — cass., 21 juill. 1816 (S.-V., 30, 1, 58 ; Dalloz, 19, 44) ; — cass., 6 mars 1827 (S.-V., 27, 1, 166).

Cependant, en sens contraire, Montpellier, 30 janv. 1814 (S.-V., 14, 2, 364). *Voy.* Orillard, n° 614.

[8] Paris, 6 mai 1814 (S.-V., 14, 2, 160) ; — cass., 10 janv. 1814 (S.-V., 14, 1, 209) ; — Aix, 7 avril 1832. — Lyon, 17 fév. 1833 ; — Bordeaux, 6 janv. 1833 ; — Bordeaux, 25 janv. 1839. — Horson, *Questions*, n° 202 ; — E. Vincens, tome 1er, page 165 ; — Despréaux, n° 242. — *Voy.* Orillard, n° 603.

[9] Cass., 22 janv. 1848 (S.-V., 48, 1, 253). *Voy.* Orillard, n° 614.

L'action en payement de salaire et en remboursement de frais, formée par un commissionnaire contre son commettant, doit être intentée devant le tribunal du domicile de

6° La promesse de graver les planches d'un ouvrage n'est point soumise à l'art. 420 [1].

7° Le voiturier qui s'est engagé à transporter des marchandises dans un lieu déterminé, qui devait être le lieu du payement du prix de la voiture, est valablement assigné devant le tribunal de ce lieu, en condamnation à des dommages-intérêts pour défaut de délivrance des objets dans le temps convenu, pour perte ou avaries, ou pour toute autre cause analogue. — Réciproquement, il peut assigner devant ce tribunal son commettant en payement de son salaire [2].

8° Le lieu du payement est, pour le voiturier, celui où il se sépare de la marchandise qu'il a transportée : si donc le cours du voyage est interrompu, soit par la volonté du commettant, soit par événement de force majeure, le tribunal du lieu de ce déchargement anticipé devient compétent par le même motif [3].

25. *Lorsque diverses opérations ont été confondues dans un compte courant, et que ce compte, au lieu de se balancer exactement, se solde en faveur de l'une des parties, le créditeur peut-il assigner en vertu des diverses opérations ainsi liquidées, ou bien est-ce en vertu du compte qu'il doit agir ? A-t-il le droit de saisir le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, conformément à l'art. 420, ou au contraire ne doit-il pas traduire le défendeur devant le juge de son domicile, aux termes de l'art. 59?*

Ces questions peuvent se réduire à des termes fort simples. Il s'agit de savoir si l'établissement de comptes courants, ouverts d'un commun accord entre deux commerçants, leur donne un nouveau titre au lieu et place des anciens, qui se trouvent annulés.

D'une part, on a soutenu que la novation ne se présume pas, que les comptes courants n'étaient en quelque sorte qu'un répertoire où les parties venaient trouver sans efforts l'état de leurs opérations respectives ; que c'était l'image reflétant ces opérations, mais que seuls ils ne constituaient pas un titre ; que leur établissement ne modifiait pas le domicile devant lequel pouvaient être portées les réclamations à l'occasion des traités non encore liquidés, et qui conservaient leurs effets : que, dès lors, le demandeur pouvait, s'il y avait lieu, assigner soit devant le tribunal du domicile du défendeur, soit devant celui du lieu où la promesse avait été faite et la marchandise livrée, soit devant celui du lieu ou le payement devait être effectué [4].

D'autre part, sans prononcer le mot de *novation*, on est arrivé à en constater l'existence dans l'hypothèse, qui nous occupe. Voici ce que dit Orillard, n° 613 : « Un compte courant est un creuset où viennent se fondre les avances de toutes sortes que se font respectivement deux commerçants. Le résultat de cette fusion établira ou que les deux commerçants sont quittes l'un envers l'autre, ou que l'un est débiteur de l'autre. Débiteur de quoi ? D'une dette nouvelle, essentiellement commerciale, quelle que soit la nature des divers éléments entrés dans le compte courant ; dette dont le titre se trouve dans la balance du compte courant et non ailleurs. C'est de ce titre seul que découle l'action qu'a le créancier du solde du compte courant contre son débiteur, et non des contrats de vente, d'échange, etc., qui composaient les divers éléments de compte courant. »

Ceci nous paraît exact au point de vue des usages commerciaux. — S'il fallait appliquer dans toute leur rigueur les principes du droit civil sur la novation et sur la manière dont en général se forment les conventions, il faudrait repousser cette opinion et dire qu'elle résout la question par la question. Mais la difficulté doit être envisagée sous un autre point de vue. Ici nous sommes en pleine matière commerciale, et ses pratiques, universellement reçues, ne permettent pas que les parties dissèquent un compte courant pour en extraire, quant à la compétence, des opérations de vente, de commission, de mandat.

Au surplus, si le magistrat avait à résoudre cette difficulté, il devrait, avant toutes choses, consulter l'intention des parties et rechercher dans les circonstances du fait si la volonté d'innover domine, ou si au contraire les marchés successifs ont été maintenus [5].

---

ce dernier, et non devant celui dans l'arrondissement duquel la commission a été donnée et la marchandise livrée. (Brux., 5 juin 1823, *J. de Br.*, 1829, 2. 52.)

[1] Colmar, 17 mars 1810 (S.-V., 40, 2, 383).

[2] Toulouse, 14 juill. 1809 (S.-V., 9, 2, 353) ;— cass., 7 juillet 1814 (Dalloz, 3, 468) ; — cass., 8 mars 1827 (S.-V., 27, 1, 163) ; — Rouen, 22 mai 1829 ; — Lyon, 27 fév. 1833, — cass., 26 fév. 1839 (S.-V., 39, 1, 472) — Despréaux, nos 249 et 250 ; — Pardessus, n° 1355 ; — Orillard, n° 614 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 163 ; — E. Vincens, tome 1er, page 165.

[3] Trèves, 26 janv. 1810 (Dalloz, 3, 467) ; S.-V., 10, 2, 223).

Cependant, en sens contraire, Montpellier, 22 janv. 1814 (Dalloz, 3, 464) ; — cass., 22 janv. 1818 (Dalloz, 3, 464) ; — Toulouse, 6 juin 1826 ; — Colmar, 31 août 1834 (S.-V., 32, 2, 6), — Bordeaux, 22 mars 1833 (S.-V., 37, 2, 138). *Voy.* Orillard, n° 614.

[4] Paris, 23 mai 1811 (cité par E. Vincens) ; — Lyon, 2 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 170) ; — Bordeaux, 16 mars 1831 (S.-V., 31, 2, 378) ; — Poitiers, 28 juin 1832 (S.-V., 32, 2, 585). — A. Dalloz, v° *Compétence*, nos 357 et suiv. ; — E. Vincens, tome 1er, page 165. *Voy.* Orillard, n° 613.

[5] Paris, 3 août 1814 ; — Bourges, 13 janv. 1823 ; — cass., 14 mars 1826 ; — Lyon, 2 déc. 1829 (S.-V., 30, 2, 170) ; — Bordeaux, 18 avril 1832 ; — Toulouse, 30 juin 1832 ; — Pardessus, n° 1356, — Thomine, sous l'art. 420, tome 1er, page 643 ; — Carré, *Lois de la proc.*, sous l'art. 420, quest. 1508 ; — Despréaux, n° 246 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 138, — Devilleneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Compétence*, n° 87. *Voy.* Orillard, n° 613.

CHAPITRE II.

Du tribunal compétent pour connaître des demandes en garantie et reconventionnelles.

SOMMAIRE.

1. Renvoi au livre précédent, chap. III, 9e section.
2. Il faut, pour distraire le garant de ses juges naturels, que la demande en garantie soit sérieusement formée.
3. Souveraineté des cours et tribunaux qui déclarent, en *fait*, qu'une demande en garantie n'est pas sérieuse. — Arrêt de la cour de cassation.
4. Droits et devoirs de l'appelé en garantie. — Jurisprudence.
5. Demandes reconventionnelles. — Quand elles sont de la compétence du tribunal de commerce.

1. *Demandes en garantie.* — Nous avons eu occasion de parler des règles relatives à cette matière, lorsque nous nous sommes expliqué sur le cautionnement. — Pour éviter les redites, nous renvoyons au livre précédent, chap. 3, 9e section, pages 318 à 343, et nous ajouterons seulement ici quelques observations.

2. Les demandes en garantie doivent être sérieusement formées : si elles n'avaient pour but que de distraire l'appelé de ses juges naturels, elles devraient être repoussées par le tribunal frauduleusement saisi.

3. La décision du tribunal de commerce, qui déclare *en fait* que la demande en garantie n'est pas sérieuse, est souveraine et échappe à la censure de la cour de cassation [1].

4. L'appelé est obligé de prendre le fait et cause du garanti, mais aussi, par une juste réciprocité, il peut s'emparer des moyens qui ne lui sont pas personnels, et que le garanti n'indiquerait pas. — C'est par application de cette règle qu'il a été jugé que l'appelé peut décliner la compétence, quoique le garanti n'oppose pas ce moyen [2].

5. *Demandes reconventionnelles.* — Les demandes reconventionnelles, lorsqu'elles sont relatives à des objets sur lesquels s'étend la juridiction consulaire, doivent être jugées par le tribunal saisi de la demande principale. Entre ces deux natures de demandes, dont l'une est un simple incident à un procès pendant, il s'établit une sorte de connexité ou d'indivisibilité, qui fait que le compétent attire l'incompétent, quand l'incompétence est purement locale [3].

Mais si l'incompétence était matérielle, le tribunal de commerce, dont la juridiction ne peut être prorogée à des incidents en dehors de son action, devrait disjoindre et renvoyer ces contestations incidentes devant le tribunal civil.

CHAPITRE III.

Du tribunal compétent sur les diverses actions que produisent les effets de commerce.

SOMMAIRE.

Renvoi au livre précédent, chap. III, 3me section.

Pour ne pas scinder ce qui avait rapport aux lettres de change, effets de commerce, nous avons examiné avec détail les règles de la compétence des tribunaux de commerce en général,

[1] Cass., 16 nov. 1826.
[2] Cass., 4 oct. 1808; — Besançon, 31 mai 1838. — Dalloz, tome III, page 378. *Voy.* Orillard, n° 604.
[3] *Voy.* la note p. 120.

et celles de divers tribunaux qui, en particulier, doivent connaître de telle ou telle action. — Nous renvoyons sur ce sujet au livre précédent, chap. 3, 3e section.

CHAPITRE IV.

Du tribunal compétent en matière de société.

SOMMAIRE.

1. Les sociétés de commerce ont, comme les individus, un domicile qu'on appelle siége social. — Comment il est établi. — Arrêt de la cour de cassation.
Les associations commerciales sont des êtres moraux. — Dès lors, les individus qui en font partie sont valablement assignés au siége social. — Cependant, quand l'assignation est donnée sans indication, que c'est comme membre de l'association que le défendeur est appelé, elle peut être signifiée au domicile particulier de l'associé. — Arrêt de la cour de cassation.
Changement du siége social. — Arrêt de la cour de cassation.
2. Cas où les sociétés ont plusieurs établissements. — Jurisprudence.
3. Le tribunal du lieu où est le siége de la société n'est valablement saisi que tant que la société existe.
Pendant la liquidation, la société subsiste encore. — Citation de Troplong. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
4 et 5. Qualité d'associé déniée — Jurisprudence.
6. Les associés en participation ne peuvent, comme les autres membres des sociétés commerciales, être distraits des juges de leur domicile personnel. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

« Le défendeur sera assigné....., en matière de société, tant qu'elle existe, devant
» le juge du lieu où elle est établie. »

(Art. 59, *C. de proc. civ.*, § 5.)

1. Les sociétés commerciales, de même que les commerçants, ont un domicile où il est permis de suivre les rapports amiables ou judiciaires qui surviennent entre les associés, ou entre ces associés et les tiers. — Cela est nécessaire pour que les tiers puissent saisir, le tribunal de commerce de ce domicile de leurs réclamations, et pour que les associés puissent y poursuivre la constitution d'un tribunal arbitral. Ce domicile, que l'on appelle d'habitude *siége social*, est établi, soit par l'indication faite par les parties dans l'acte de société, et dans les publications qui en sont la conséquence nécessaire, soit, à défaut d'indication expresse, par le lieu où est fondé le principal établissement de l'association [1].

Dès lors, en prescrivant d'assigner en matière de société devant le tribunal du lieu où elle est établie, l'art. 59 a fait une véritable application de la disposition qui prescrit d'assigner le défendeur devant le juge de son domicile [2].

Les diverses personnes qui font partie de l'association ne sont point des individualités distinctes, lorsqu'on les actionne en leur qualité d'associées; elles ne forment avec le corps social, avec l'être moral, qu'une seule et même individualité; elles agissent comme lui et avec lui, activement et passivement, au lieu où cet être moral a constitué son domicile.

Cependant, lorsque les membres d'une société commerciale ont été appelés individuellement au procès, sans indication du corps moral dont ils font partie, toute signification faite à leur domicile personnel est régulièrement faite. Il est inutile qu'elle soit donnée au domicile de la raison sociale [3].

Quand nous disons que le siége social est déterminé par les énonciations faites par les associés, nous devons ajouter que ces déclarations doivent être sincères, sans arrière-pensée, et se lier intimement au fait de l'exploitation du commerce. — Ajoutons que le siége social ne peut être transporté dans un autre lieu que celui primitivement indiqué, hors la présence des créanciers ayant intérêt à le connaître [4].

2. La société ne peut avoir qu'un siége; mais il arrive souvent qu'elle a, comme les particu-

[1] Cass., 18 pluviôse an 12 (S.-V., 4, 2, 103; Dalloz, 5, 363).
[2] La disposition de l'art. 59, n'est pas exclusive de la faculté que donne l'art. 420, d'assigner tout débiteur devant le tribunal du lieu où le marché a été fait et la marchandise livrée. (Brux., 1er fév. 1837 » *J. de Br.*, 1837, page 324.
[3] Cass., 27 fév. 1815 (S.-V., 15, 1, 188).
[4] Cass., 28 nov. 1842 (S.-V., 43, 1, 42).

liers, plusieurs résidences. Souvent l'exploitation du commerce se développe en divers endroits, et dans plusieurs établissements d'une égale importance, créés pour accroître, par des rapports plus étendus, les chances de travail et de profit. Dans ce cas, si les associés n'ont pas déterminé le siége social, il faut, pour le reconnaître, peser attentivement les diverses circonstances qui ont signalé la marche du commerce de la société. Enfin, s'il était impossible de reconnaître le siége social, il serait présumé exister au domic le de l'associé gerant [1].

Au surplus, chaque établissement peut être considéré comme un domicile élu pour l'exécution des obligations souscrites par l'administrateur qui y réside, et stipulées payables en ce lieu [2].

Mais il était important de déterminer le domicile social; car il est certaines actions qui, affectant l'intérêt général de la société, ne peuvent être introduites que devant le tribunal de son domicile véritable: telle serait une demande en declaration de faillite.

3. C'est seulement, comme le dit l'art. 59, *tant que la société existe* que l'associé peut être distrait des juges de son propre domicile, pour être attiré devant le tribunal du lieu où est établi le corps social. — Quand la société a été dissoute, l être moral cesse d'exister; dès lors les individualités renaissent et recouvrent leur juridiction naturelle.

Mais cependant tout n'est pas fini pour les sociétés, quand leur dissolution a été convenue entre leurs membres, ou prononcée par justice. Elle est obligée de liquider les operations passées qui n'ont point encore produit tous leurs résultats. Comme le dit Troplong; « Elle a pris fin pour commercer, pour agir et entreprendre; il semble qu'elle se prolonge en quelque sorte pour régler le passé et mettre ordre à ses affaires. C'est cette idée qu'exprime la formule, usitée dans les circulaires des négociants : *La société ne subsiste plus que pour sa liquidation.* » N° 1004.)

Il résulte de là que les contestations, soit entre les associés, soit entre les tiers et les membres d'une société dissoute mais non liquidée, doivent être jugées par le tribunal du siége social et non par celui du domicile des associés [3].

4. L'individu assigné comme *associé*, par les créanciers d'une société, devant le tribunal où siége l'établissement social, ne peut obtenir de prime abord son renvoi devant les juges de son domicile, en alléguant que la société avait été dissoute à son égard, antérieurement aux titres de créances sur lesquels sont fondées les poursuites dont il est l'objet. — C'est là, non le fondement d'un *déclinatoire*, mais une exception du fond contre la demande; et le juge de l'action est le juge de l'exception [4].

5. Lorsque celui qui est assigné comme associé devant le tribunal du lieu où la société aurait été établie, denie soit l'existence de la société, soit sa qualité d'associé, il ne peut demander son renvoi devant le tribunal de son domicile pour faire juger préalablement cette exception : elle touche encore intimement au fond du procès, et doit être examinée par le tribunal du lieu où l'on prétend que le siége social a existé [5].

6. *Les associés en participation peuvent-ils, comme les membres des autres sociétés commerciales, être distraits des juges de leurs domicile personnel?*

Cette question ne peut guère souffrir de difficulté. En effet, les membres des sociétés commerciales ne peuvent être distraits des juges de leur domicile que pour être traduits devant le juge du lieu où est établie la maison du commerce social. Ce lieu est en général facile à reconnaître; car les sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, reçoivent une publicité assez étendue. Ces sociétés ont un centre où viennent aboutir tous les rapports sociaux; elles forment un faisceau d'intérêts communs réunis à un siége, qui est le domicile de la maison. Nous venons de voir que, lorsque par la dissolution, l'être moral s'est évanoui, l'exception cesse d'être admissible.

Les associations en participation, au contraire, sont dispensées de toutes formalités, elles n'ont ni assiette, ni raison sociale, ni lien commun qui rende les participants obligés solidaires des tiers. Ici l'être moral n'a pas été dissous, car il n'a jamais existé, du moins en ce

---

[1] On ne peut, lorsqu'on poursuit une procédure arbitrale pour régler le dommage causé par un incendie, citer une compagnie d'assurance contre incendie dans la personne et au domicile de son agent établi dans une localité autre que celle où est le juge de la société.

Les sociétés d'assurance contre incendie ne sont point commerciales, partant l'art. 420 ne peut leur être appliqué. (Brux., 26 mars 1842 *J. de Br.*, 1843, p. 537.) Jugé qu'une compagnie d'assurance peut être assignée en la demeure de son agent, alors surtout que, par un acte extrajudiciaire, elle y a fait élection de domicile. *Voy.* Liége, 20 fév. 1837 et 6 fév. 1840 (*J. de Br.*, 1838, pag. 25, et 1840 page 158).

[2] Cass., 16 janv. 1829 (S.-V., 29, 1, 169); — cass., 11 fév. 1834, — cass., 23 nov. 1836 (S.-V., 37, 1, 558).

[3] Paris, 13 fév. 1808 (S.-V., 7, 2, 1203; Dalloz, 25, 295); — cass., 14 nov. 1835 (S.-V., 15, 1, 82; Dalloz, 5, 366); — Douai, 18 juill. 1833 (S.-V., 37, 2, 363); — Aix, 13 nov. 1837 (S.-V., 38, 2, 130). — Troplong, n° 1004; — Malepeyre, pages 34 et 346; — Orillard, n° 601; — Devilleneuve, *Dict. du cont. comm.*, v° *Société*, n° 151. — Carré, *Lois de la comp.*, tome VII, page 357; — Pardessus, n° 1357; — Auche, v° *Trib. de comm.*, n° 115; — Despréaux, nos 199 et 574. — Boncenne, tome 1er, page 67. — Fremery, *Études de dr. comm.*, page 69, en note; — E. Cadrès, n. 1er, page 28.

[4] Cass., 10 déc. 1806 (S.-V., 6, 1, 521; Dalloz, 5, 364). *Voy.* Despréaux, n° 124.

[5] Cass., 14 mars 1810 (S.-V., 10, 1, 250; Dalloz, 5, 364); — cass., 9 mai 1826 (S.-V., 26, 1, 442); — Paris, 2 juill. 1827 (S.-V., 28, 2, 262). *Voy.* Despréaux, n° 121.

En sens contraire : cass., 10 juill. 1837 (S.-V., 37, 1, 732). *Voy.* Orillard, n° 38.

sens. Si l'on admettait le principe que les participants peuveot être cités au tribunal du lieu où est établie la société, on serait en vérité fort embarrassé pour le mettre en pratique, car la société n'est établie nulle part comme être moral, tout au plus pourrait-on, à l'égard de chaque associé, la considérer comme existant en son domicile personnel. Or, daos ce cas, on ferait retour aux règles ordinaires, et l'on serait obligé, comme oo le décide du reste, de traduire le participant défendeur devaot ses juges naturels [1].

CHAPITRE V.

Du tribunal compétent en matière de faillite.

SOMMAIRE.

1. Que doit-on entendre par ces mots : *en matière de faillite?*—Jurisprudonce, opinion des auteurs.

2 à 23. Questions particulières résolues par la jurisprudence.

« Le défendeur sera assigné......., en matière de faillite, devant le juge du domicile « du failli. »

(Art. 59, *C. de proc. civ.*, § 7.)

1. Dans trois dispositions différentes, le législateur emploie, sans en définir l'étendue, ces expressions : *en matière de faillite.* — D'abord l'art. 635 attribue aux tribunaux de commerce *tout ce qui concerne les faillites*, et dans le livre précédent, 6e section, nous nous sommes efforcé de faire une nomenclature exacte des contestations qui sont attribuées par cet article à la juridiction commerciale. — Ensuite, l'art. 582 fixe à quinze jours le délai d'appel pour tout jugement rendu *en matière de faillite*, et, daos le même passage de cet ouvrage, nous avons tenté de saisir l'esprit de ce texte.

Enfio, nous avons à rechercher quelles limites comportent les mêmes termes, que consacre de nouveau le § 7 de l'art. 59.

Faudra-t-il teoir pour rendus *en matière de faillite* tous jugements dans lesquels une faillite sera intéressée? Faudra-t-il distinguer le cas où elle sera demanderesse de celui où elle défendra à l'action? Ce serait, suivant nous, abuser étrangement des termes de la loi et méconnaître son esprit que de le décider ainsi.

Le législateur a attribué aux tribunaux de commerce la connaissance des faillites, parce qu'il a supposé que leurs magistrats, profondément versés dans la pratique commerciale, saisiraient habilement toutes les nuances de ces litiges spéciaux ; mais lorsque la faillite n'a d'autres droits que ceux du failli ; lorsque la question à trancher ne touche ni à la marche, ni à l'instruction, ni à l'existence de la faillite ; lorsque cette question est fortement empreinte d'un caractère purement civil, pourquoi aurait-il destitué les juges ordinaires, familiers avec ces débats, pour transporter ces mêmes debats à d'autres magistrats auxquels ils sont plus etrangers?—On a vu qu'il ne l'a ni voulu ni prescrit.

Maintenant lorsque le législateur a eu à déterminer quel tribunal en particulier serait saisi de préférence à tout autre, une considération a dû agir sur sa détermination.

Il est utile de centraliser devant un même tribunal toutes les contestations que le fait de la faillite pourra engendrer. Ce tribunal unique, tenant tous les fils des opérations du failli, mis par leurs traces diverses sur la voie de l'ensemble de ses négociations, sera parfaitement en mesure de savoir s'il est excusable, si le concordat peut être homologué, s'il y a lieu d'accorder un sauf-conduit ; il pourra donner au procureur du roi des renseignements complets, s'il existe suspicion de banqueroute.

Mais lorsque le fait de la faillite n'a modifié en rien la situation, lorsque le germe de la contestation préexistait à la déclaration de faillite ; lorsque cette contestation aurait pu surgir le failli étant resté *in bonis*; lorsque les créaociers,

[1] Cass., 14 mars 1810 (S.-V., 10, 1, 207 ; Dalloz, 5, 362) ; — cass., 28 mai 1817 (S.-V., 17, 1, 254 ; Dalloz, 5, 363), — Nancy, 5 déc. 1828 (S.-V., 29, 2, 124) ; — Paris, 14 juill. 1840.—E. Vincens, tome 1er, liv. IV, chap. VI, page 378 ; — Pardessus, nº 1357,—Orillard, nº 601 ; — Malepeyre, page 263 ; — Troplong, nº 495 ;—E. Cadrès, tome 1er, page 29.

représentés par leurs syndics, n'ont exaetement que les droits du failli, nons ne voyons pas quels motifs auraient pu faire saisir le tribunal de la faillite de préférence à tout autre, et justifier l'interversion des juridictions. Aussi sommes-nous profondément convaincu que ce n'est pas ce que le législateur a entendu. — Troplong, dans un réquisitoire qu'il prononçait devant la cour de Nancy, nous paraît avoir défini à merveille le sens qu'il faut donner à l'art. 59. Suivant lui, on n'est pas en matière de faillite si la faillite ne joue aucun rôle dans les moyens de la cause, si elle n'exerce sur les obligations contractées aucune influence ni directe, ni indirecte; si, en un mot, elle laisse les choses comme elles étaient auparavant. On n'est pas en matière de faillite, parce qu'une faillite plaide comme demanderesse. On n'est réellement en matière de faillite que lorsque la faillite fait naître la question à juger [1].

Ce système, auquel nous donnons l'adhésion la plus complète, a reçu la sanction de l'arrêt de la cour suprême, qui faisant un exposé des principes à l'occasion de l'appel, a déterminé quelques-uns des cas où on se trouve en matière de faillite [2].

2. C'est sous l'influence de cette observation générale qu'il nous reste à signaler les divers monuments de la jurisprudence.

3. D'abord on a jugé que, quoique en général, toute demande d'un créancier contre une faillite dût être portée devant le tribunal qui l'a déclarée, cependant, si cette demande était par sa nature telle, qu'elle pût être soumise à un autre tribunal, l'art. 59 du Code de proc. ne ferait point obstacle à ce que la compétence ordinaire suivît son cours. — Par exemple, l'art. 420 du Code de proc., qui accorde au demandeur en matière commerciale la faculté d'assigner devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, est applicable même au cas *où le défendeur est en faillite* : cette disposition fait exception à la règle générale, portant qu'en matière de faillite le défendeur doit être assigné devant le tribunal du domicile du failli [3].

4. Des contestations relatives à des opérations de commerce faites depuis la faillite, entre un failli et quelques-uns de ses créanciers, au préjudice des autres, sont des contestations en matière de faillite, et doivent être portées devant le juge du failli [4].

5. Il en est de même de la demande formée par les syndics d'une faillite, tendant à l'annulation d'une vente, ou d'une dation en payement de marchandises, faite par le failli dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite [5].

6. De même de la demande des syndics, tendant à faire déclarer nulle, comme frauduleuse, une quittance ou décharge donnée par le failli à son mandataire, postérieurement à la faillite, et pour un recouvrement dont il l'avait chargé [6].

7. De même de l'action en dommages-intérêts, à raison d'un détournement de meubles appartenant au failli, au préjudice de la masse des créanciers, quoique cette demande soit formée contre un non-commerçant et ne soit pas commerciale [7].

8. De même de la demande formée contre un tiers, à l'occasion des opérations de commerce faites postérieurement à l'ouverture de la faillite [8].

9. De même des actions personnelles intentées par les syndics contre un tiers, à raison d'opérations de commerce faites postérieurement à l'ouverture de la faillite [9].

Ces arrêts sont conformes au principe que nous avons accepté : toutes ces espèces sont nées par suite de la survenance de la faillite.

10. Au contraire, l'action intentée par les syndics, contre un individu, en payement des sommes dont ils le prétendent débiteur pour opérations antérieures à la faillite, n'est pas réputée contestation en matière de faillite : il faut appliquer la maxime *Actor sequitur forum rei*, et renvoyer devant le tribunal du domicile du défendeur [10].

Ces solutions sont encore un hommage rendu au même principe.

11. N'est pas réputée contestation en matière de faillite l'action instruite par les syndics, en revendication des sommes payées dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite [11].

---

[1] Horson, quest. 202, tome II, page 448; E. Cadrès, tit. I, page 29.

[2] Cass., 1er avril 1840 (S.-V., 40, 1, 447).—Voir aussi cour de Douai, 3 mars 1842 (S.-V., 43, 2, 14); — Caen, 18 août 1842 (S.-V., 43, 2, 91).

[3] Toulouse, 15 janv. 1828 (S.-V., 28, 2, 107).—Pardessus, tome V, nº 1357, page 44.

[4] Cass., 20 juin 1817 (S.-V., 17, 1, 270).

L'action en nullité d'une vente d'immeubles, dirigée par les syndics d'une faillite contre l'acheteur à qui ces immeubles ont été cédés en payement de sa créance, est de la compétence du tribunal de commerce. (Liége, 24 avril 1822, *Pasicrisie belge*.)

[5] Cass., 14 avril 1825 (S.-V., 25, 1, 151).

La connaissance des demandes qui ont pour objet de faire annuler des opérations faites avec un failli dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, et de faire rapporter à la masse les marchandises qui en ont été détournées, appartient au tribunal de la faillite. (Brux., 2 fév. 1839, et 29 mai 1840; *J. de Br.*, 1839, p. 182, et 1840, p. 401.) *Voy*, dans ce sens, Boncenne, tome 1er, page 68, nº 59; Carré, *Lois de la compét.*, nº 240; Dalloz, 8, 356; Liége, 30 juin 1825; Despréaux, *Compét. des trib. de comm.*, nº 620; Pardessus, nº 1357.

[6] Cass., 18 juill. 1828 (S.-V., 28, 1, 288).

[7] Paris, 10 fév. 1831 (S.-V., 21, 2, 99).

[8] Cass., 8 mars 1831 (S.-V., 34, 1, 864).

[9] Colmar, 26 juin 1832 (S.-V., 33, 2, 149).

[10] Paris, 29 juill. 1826 (S.-V., 27, 2, 196);—Nancy, 9 nov. 1829 (S.-V., 30, 2, 192);—Brux., 9 déc. 1830 (S.-V., 31, 2, 59); — Cass., 10 juill. 1837 (S.-V., 37, 1, 732); — Bordeaux, 8 janv. 1838 (S.-V., 38, 2, 344). — Carré, *Comp. civ.*, nº 240; — Pardessus, nº 1357. *Voy.* Orillard, nº 603.

[11] Cass., 13 juil. 1818 (S.-V., 18, 1, 286).

Est de la compétence du tribunal de commerce du domicile du failli l'action en rapport de sommes payées par ce

Cet arrêt est sujet à critique : il est évident que, sans l'événement de la faillite, les sommes payées au créancier lui auraient été bien et dûment acquises : dès lors, si c'est le fait de la faillite qui donne ouverture au droit et qui domine la difficulté, cette difficulté doit être réputée exister en matière de faillite.

12. Le § 7 de l'art. 59 portant qu'en matière de faillite le défendeur sera assigné devant le juge du domicile du failli, déroge à la règle générale établie par le § 1er du même article, portant qu'en matière personnelle le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile —*Spécialement*, l'action en reddition de compte, ou en payement, dirigée contre un débiteur du failli, doit être portée devant le tribunal de l'ouverture de la faillite [1].

Ces décisions font antagonisme à la règle générale : le failli aurait pu, avant sa faillite, assigner ses débiteurs en reddition de compte ou en payement, et il aurait porté sa demande devant leur tribunal. Dans cette espèce, les syndics sont au lieu et place du failli et n'ont pas plus de droits que lui : le fait de la faillite n'a modifié en rien la situation respective, il n'y a donc pas là matière de faillite, ni motif sérieux pour distraire le défendeur de ses juges naturels.

13. N'est point réputée contestation en matière de faillite, celle née à la suite d'une saisie-revendication faite sur un failli, si le failli et la masse sont sans intérêt dans le litige ; par exemple, si c'est une question de *préférence* entre le vendeur qui revendique et un commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises vendues. — On ne peut appliquer, dans ce cas, ni l'art. 831 du Code de proc., qui attribue au juge du domicile du saisi la connaissance de la contestation sur la validité de la saisie-revendication, ni l'art. 59 du même Code, d'après lequel on doit, en matière de faillite, saisir le juge du domicile du failli [2].

14. En matière de faillite, c'est au tribunal de commerce qui a déclaré la faillite qu'il appartient de connaître du mérite des actes d'administration faits par les syndics provisoires [3].

15. La disposition du § 2 de l'art. 59 du Code de proc., d'après laquelle le demandeur, *quand il y a plusieurs défendeurs*, peut les assigner, à son choix, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, n'autorise pas les syndics à citer devant le juge du failli un débiteur de la faillite domicilié dans un autre ressort, sous prétexte qu'ils ont mis le failli en cause pour y déduire ses moyens. Le failli, étant sans intérêt, ne peut en ce cas être considéré comme un défendeur [4].

16. La cour de cassation ne peut, sur la demande du syndic, attribuer à un seul tribunal, par voie de règlement de juges, les diverses contestations élevées par ce syndic lui-même devant des tribunaux différents. — Il n'y a là ni conflit, ni litispendance, rendant nécessaire un règlement de juges [5].

17. La faillite d'un commerçant doit ou peut être déclarée par le tribunal du lieu de son domicile actuel, encore bien que ce domicile ne soit pas celui où il exerçait son commerce [6].

18. C'est le tribunal du domicile qu'avait le négociant au moment de la cessation de ses payements, et non le tribunal du domicile qu'il a au moment de la demande, qui est compétent pour statuer sur la demande en déclaration de faillite [7].

19. Lorsqu'un négociant a deux maisons de commerce situées dans deux villes différentes, la connaissance de la faillite est dévolue aux juges du domicile plutôt qu'aux juges où la faillite a éclaté [8].

20. Dans ce cas où il existe deux maisons de commerce, la connaissance de la faillite est dévolue au tribunal du lieu où est situé *le principal établissement*, plutôt qu'au tribunal qui le premier a déclaré la faillite, si l'établissement formé en ce deuxième lieu n'est que secondaire [9].

21. Lorsque entre deux maisons de commerce, établies dans deux villes différentes il existe une société en participation, cette circonstance suffit pour que, au cas de faillite des deux maisons, il y ait *connexité* et attribution de la connaissance des deux faillites à un seul et même tribunal [10].

22. L'élection de domicile pour l'exécution d'un acte est attributive de juridiction au tribunal de ce domicile, même après la déclaration de faillite de l'une des parties : les syndics ne sont pas fondés à prétendre qu'ils doivent être assignés devant le tribunal du domicile du failli [11].

23. Le tribunal du domicile du failli n'est plus compétent pour connaître des actions qu'intenterait le failli, et qui auraient pris naissance pendant la faillite, lorsque ce négociant a dernier à un de ses créanciers, postérieurement à l'ouverture de la faillite. (Brux., 7 mars 1816 ; Liége 1er août 1814, et la note.)

[1] Bourges, 20 juill. 1830 (S.-V., 31, 2, 76). — Poitiers, 22 août 1839 (S.-V., 39, 2, 323).

[2] Cass., 14 avril 1821 (S.-V., 21, 1, 330).

[3] Florence, 13 mars 1811 (S.-V., 14, 2, 363).

[4] Cass., 10 juill. 1837 (S.-V., 37, 1, 782). *Voy.* Orillard, n° 38.

[5] Cass., 4 pluviôse an 12 (S.-V., 4, 2, 100 ; Dalloz, 3, 288).

[6] Bourges, 12 juin 1839 (S.-V., 39, 2, 525).

[7] Rouen, 19 déc. 1842 (S.-V., 43, 2, 401). Brux., 25 janv. 1835 *J. de Br.*, 1835, page 285.

[8] Cass., 16 mars 1809 (S.-V., 10, 1, 276).

Il n'appartient pas au tribunal qui a déclaré la faillite d'une société de déclarer individuellement ni en faillite un des associés. (Brux., 2 déc. 1839. *J. de Br.*, 1840, page 324, et voy. Liége, 1er mai 1815, *Pasicrisie belge.*)

[9] Cass., 19 juill. 1838 (S.-V., 38, 1, 913) ; — cass., 6 avril 1840 (S.-V., 40, 1, 700).

[10] Cass., 30 déc. 1811 (S.-V., 12, 1, 106).

[11] Bourges, 8 mars 1840 (S.-V., 40, 2, 289).

été remis à la tête de ses affaires par un concordat homologué. A ce moment, les règles de compétence spécialement tracées pour le fait de la faillite cessent d'être applicables [1].

CHAPITRE IV.

Du tribunal compétent en matière de domicile élu.

SOMMAIRE.

1. Disposition de l'art. 102 du Code civil.
2. Le commerçant est justiciable du tribunal du lieu dans lequel il a déclaré vouloir fixer son domicile, et où il a établi son commerce, quoiqu'il n'y demeure pas. — Arrêt de la cour de Paris.
3. Quand une maison quitte le lieu où était son établissement, et se fixe dans une autre ville, elle peut être assignée, pour ses anciennes obligations, soit au nouveau, soit à l'ancien domicile. — Arrêt de la cour d'Aix.
4. Le marchand colporteur peut être assigné en tous lieux où il se trouve en tournée, à raison des faits relatifs à son industrie, dans la ville où il est assigné. — Arrêt de la cour de Douai.
5. Le domicile d'élection remplace le domicile réel. — Jurisprudence.
6. La loi ne trace aucune forme pour l'élection de domicile.
7. L'élection de domicile peut être faite au domicile réel. — Cette élection n'est pas sans utilité. — Jurisprudence, opinion de Denizart.
8. Quelquefois l'élection de domicile est sous-entendue et ressort de la nature spéciale de la convention. — Exemples. — Jurisprudence.
9. Disposition de l'art. 422 du Code de procédure civile : renvoi à la 3e partie.
10. Indication d'un lieu pour le payement vaut élection de domicile en matière commerciale, non en matière civile. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
11. L'élection de domicile, faite dans un acte, peut-elle être modifiée sans le concours de l'autre partie? — Arrêt de la cour de cassation, qui décide la négative.
12. En général au lieu d'assigner au domicile élu on peut saisir le tribunal du domicile réel.
13. Cependant, il en est autrement quand l'élection de domicile a été faite dans l'intérêt exclusif du défendeur. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
14. L'élection de domicile oblige les héritiers et ayants cause.
15. De même, elle oblige les syndics du négociant qui l'a faite et qui est tombé en faillite. — Arrêt de la cour de Bourges.

« En cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, le défendeur sera assigné devant le tribunal du domicile élu, ou devant le tribunal du domicile réel, conformément à l'art. 111 du Code civil. »

(ART. 23, *C. de proc. civ.*, § 9.)

1. « Le domicile réel de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. » (Art. 102, Code civ.) — C'est au lieu de ce principal établissement, à ce domicile réel, que se trouvent les juges naturels du défendeur. — Nous avons vu que, par une dérogation expressément écrite dans la loi, le défendeur peut en être distrait, en matière commerciale, pour être traduit soit devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit devant celui du lieu où le payement devait être effectué.

Si le demandeur ne veut pas faire usage de la faculté qui lui est accordée de s'emparer de cette double exception, le défendeur ne pourra se plaindre lorsque la poursuite sera soumise aux juges de son domicile.

2. Au reste, le commerçant est justiciable du tribunal du lieu dans lequel il a déclaré vouloir fixer son domicile, et où il a établi son commerce, quoiqu'il n'y demeure pas [2].

3. De même lorsqu'une maison de commerce quitte l'endroit où était son établissement, et se fixe dans une autre ville, elle peut être assignée en payement des obligations qu'elle a contractées dans sa première résidence, ou devant les juges de son nouveau domicile ou devant ceux de son l'ancien [3].

4. Un marchand colporteur est censé transporter son domicile, pour tout ce qui regarde

---

[1] Carré, *Lois de la comp. civ.*, tome 1er, no 241.

[2] Paris, 27 sept. 1809. [3] Aix, 14 juin 1825.

son commerce, dans chacun des lieux où il se rend successivement pour débiter sa marchandise; en conséquence, il peut être traduit devant le tribunal d'une ville où il se trouve momentanément en tournée, à raison des faits relatifs à l'exercice de son industrie dans cette ville [1].

5. La loi autorise une troisième dérogation à la règle générale, et cette exception prend sa source dans la volonté des parties.

Lorsque ces parties, dans une convention expresse, déclarent renoncer à l'avantage du domicile réel pour prendre un domicile d'élection, cette convention, parfaitement licite, doit sortir à effet et devient attributive de juridiction pour les juges de la localité [2].

6. Aucun texte de loi ne prescrivant les formes de cette élection de domicile, elle peut être faite dans l'acte constitutif de la créance, par acte postérieur et séparé, dans une signification extrajudiciaire et de toute autre manière. Cependant comme c'est une dérogation aux règles ordinaires, il faut qu'elle résulte clairement de l'acte dont on excipe pour l'établir, et qu'elle soit faite par une personne capable de contracter. — Peu importe du reste que la stipulation émane d'un Français ou d'un étranger [3].

7. L'élection de domicile peut être faite au domicile réel du défendeur lui-même, et voici l'importance de cette observation. Quoique dans cette hypothèse, les deux domiciles soient momentanément confondus, il peut se présenter un moment où l'élection produira ses effets. — Lorsque le domicile réel est régulièrement transféré dans un autre lieu, le demandeur est, en général, obligé de suivre le défendeur dans son nouveau domicile. Mais, l'élection de domicile, permettant de saisir le juge du domicile élu, le demandeur pourrait, malgré la translation du domicile réel, porter sa demande devant le tribunal de l'ancien domicile, qui serait toujours le tribunal du domicile élu [4].

8. Quelquefois l'élection de domicile, sans être expressément convenue dans un acte, peut être sous-entendue et ressortir de la nature spéciale de la convention.

A ce sujet, Pardessus, n° 1353, cite des exemples qu'il est utile de reproduire.

Dans le prêt à la grosse, le payement doit être effectué au lieu où finit le risque. — L'armateur, assigné en payement d'un emprunt légalement contracté par le capitaine, est soumis à la même juridiction que ce dernier, et peut dès lors être assigné devant le tribunal du lieu où le remboursement devait être fait [5].

Les demandes pour contribution aux avaries sont portées devant le juge du lieu où l'on procède au règlement.

L'action en réparation de dommages causés par suite de l'abordage de deux navires est soumise à celui du premier port où le navire est arrivé.

Celle des gens de mer contre l'armateur, en payement des indemnités qui leur ont été promises, est portée devant le tribunal du port d'armement: le domicile du marin, pour tout ce qui concerne l'expédition, est établi à bord de son navire et dans le port où ce navire est amarré. Cela résulte de la combinaison des art. 418 et 419 du Code de proc. civ. [6].

Le capitaine dont le domicile ordinaire est situé dans un autre lieu que celui où se trouve amarré le navire, ne peut être assigné, à raison d'une affaire étrangère à ce navire, que devant le tribunal de son domicile [7].

L'action des affréteurs contre l'armateur, pour défaut de représentation des marchandises chargées, est portée au tribunal du port de débarquement.

Réciproquement, ce serait à ce dernier tribunal que les affréteurs devraient être assignés pour l'exécution de leurs engagements envers l'armateur.

Dans tous ces lieux il y existe une élection tacite de domicile.

9. Il est un autre exemple d'une élection tacite de domicile, que nous empruntons au Code de procédure même: l'art. 422 dispose: « Si les parties comparaissent, et qu'à la première audience il n'intervienne pas jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siége le tribunal seront tenues d'y faire élection d'un domicile. — L'élection de domicile doit être mentionnée sur le plumitif de l'audience; à défaut de cette élection, toute signification, même celle du jugement définitif, sera faite valablement au greffe du tribunal. »

Quand nous traiterons de la procédure particulière aux tribunaux de commerce, 3e partie, nous aurons l'occasion de revenir sur cette disposition.

10. En matière civile, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord aujourd'hui, pour distinguer la simple indication d'un jour de payement, d'une élection de domicile. — En matière commerciale, cette distinction devient sans objet, car, aux termes du dernier paragraphe de l'article 420, l'indication du lieu de payement est attributive de juridiction et permet de faire dans ce lieu toutes significations et poursuites.

---

[1] Douai, 31 mars 1843 (S.-V., 43, 2, 327).

[2] Paris, 21 fév. 1810; — cass., 9 juin 1830. *Voy.* Despréaux, n° 207.

[3] Cass., 27 fév. 1832 (S.-V., 32, 1, 753).

[4] Colmar, 3 août 1809 (S.-V., 12, 2, 360; Dalloz, 11, 447); — cass., 24 janv. 1816 (S.-V., 16, 1, 198; Dalloz, 14, 494). — Denizart, v° *Domicile*, § 6. *Voy.* Despréaux, n° 205.

[5] Cass., 14 mai 1833 (S.-V., 33, 1, 353).

[6] Brux., 10 mai 1815 (Dalloz 14, 477, et *Pasicrisie belge*; — Rouen, 15 août 1819 et 21 juin 1823. *Voy.* Orillard, n° 600.

[7] Trib. de comm. de Marseille, 2 oct. 1835.

— Ainsi, l'indication de domicile pour le payement d'un effet de commerce rend compétents les juges de la localité [1].

11. L'élection de domicile forme un contrat qui devient la loi des contractants et dont le lien ne peut être rompu que par leur consentement réciproque. Ainsi, le domicile élu ne pourrait être transféré en un autre lieu que celui qui a été convenu. Cependant un arrêt a décidé que si l'on n'a pas le droit de transporter le domicile élu d'une commune dans une autre, il est loisible au défendeur de choisir pour ce domicile une autre maison de la même commune [2].

12. De même que le demandeur peut renoncer à se prévaloir des dispositions de l'art. 420, pour s'en tenir au domicile élu, de même il a le droit de renoncer à ce domicile élu pour s'en tenir au domicile réel. Cela résulte de l'art. 59 du Code de proc., § 9, et de l'art. 111 du Code civ., auquel il renvoie. « Lorsqu'un acte contiendra, dit cet article, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte, dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, *pourront être faites* au domicile convenu et devant le juge de ce domicile. »

Le demandeur pourrait exercer son option lors même qu'il aurait déjà assigné devant un tribunal ; il n'aurait qu'à se désister de son assignation, pourvu toutefois que le défendeur n'eût pas lié l'instance en se présentant et en constituant avoué.

13. *Lorsque l'élection de domicile a été faite par le défendeur et dans son intérêt personnel, le demandeur conserve-t-il le choix entre le tribunal du domicile élu et celui du domicile réel?*

Évidemment, le demandeur ne peut assigner que devant le tribunal du domicile élu. En faisant une indication précise du lieu où les demandes, significations et poursuites seront faites, le défendeur a imposé une condition qui, acceptée, doit être respectée. Cela se présente souvent lorsque le défendeur, obligé par des voyages à de longues absences, veut éviter que les actes qui lui seront signifiés restent inconnus, et pour éviter cet inconvénient constitue un domicile de convention, où se trouve un mandataire qui a les instructions nécessaires pour soigner ses intérêts [3].

14. « On est censé avoir stipulé pour soi, et pour ses héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention. » (Art. 1122, Code civ.). — En conséquence, la convention par laquelle on constitue un domicile, est obligatoire pour les héritiers ou ayants cause des contractants.

15. L'élection de domicile est attributive de juridiction, même après la déclaration de faillite du défendeur : les syndics ne sont pas fondés à demander leur renvoi devant le tribunal du domicile du failli [4].

---

[1] Cass., 1er prairial an 10 (S.-V., 2, 1, 321 ; Dalloz, 14, 451); — Brux., 30 mars 1807 (S.-V., 7, 2, 269 ; Dalloz, 14, 498); — Paris, 2 juin 1812 (S.-V., 12, 2, 345 ; Dalloz, 14, 481); — cass., 13 janv. 1829 (S.-V., 30, 1, 60); — Bordeaux 4 fév. 1835 (S.-V., 35, 2, 411); — Paris, 8 juill. 1836 (S.-V., 36, 2, 367). — Duranton, tome 1er, page 99; — Merlin, *Répert.*, vo *Domicile élu*, § 2, no 4; — E. Cadrès, tit. 1er, page 33. *Voy.* Despréaux, no 246.

[2] Cass., 19 janv. 1814 (Dalloz, 11, 449). *Voy.* Orillard, no 603.

[3] Rouen, 11 fév. 1839 (S.-V., 39, 2, 196). — Carré, *Lois de la proc.*, no 270; — Pigeau, tome 1er, page 101. — Boileux, sur l'art. 111.

[4] Bourges, 6 mars 1840 (S.-V., 40, 2, 208).

LIVRE CINQUIÈME.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DANS SES RAPPORTS AVEC LES ÉTRANGERS.

TITRE PREMIER.

Des actes de commerce dans leurs rapports avec les étrangers.

SOMMAIRE.

1. Fréquence des opérations commerciales entre individus de nations différentes. — Nécessité de les protéger en tous lieux.
2. Division de ce titre en trois chapitres, et plan général de ce livre.

1. Les contrats civils sont peu usités entre individus de nations differentes; il est rare de voir des donations, des testaments, des prêts intervenir, si ce n'est entre compatriotes. Les conventions commerciales, au contraire, sont extrêmement fréquentes. Chaque pays, le plus grand comme le plus petit, le plus fécond comme le plus stérile, présente tout à la fois dans la somme générale de ses produits certains objets que ne pourrait absorber la consommation intérieure, et certains autres objets insuffisants à l'approvisionnement de la population. Il résulte de cette exubérance de richesses et de cette lacune combinées, la nécessité pour chaque peuple de recourir aux exportations et aux importations, afin de verser ailleurs le trop-plein, et de combler le déficit.

Ces opérations se traitent au moyen de trans actions commerciales, qui se résument en échanges ou en ventes, lesquelles sont reglées elles-mêmes par le secours de la lettre de change.

Il suit de là que ces actes de commerce, que la lettre de change, agent indispensable de ces rapports internationaux, sont des opérations du droit des gens, qui doivent en tous lieux et à l'égard de tous conserver leur force et leur autorité.

Ce respect pour les négociations commerciales est une pensée admise par les législateurs des diverses nations, qui sont également tombés d'accord sur quelques-uns des principes intimement liés à leur propagation et à leur existence. Malheureusement une foule de détails surgissent, des questions fort graves se présentent, et reçoivent une solution contraire, suivant les pays, dont il faut apprendre et coordonner les lois et usages particuliers.

Pour decider avec sagesse, il est de la plus haute importance d'avoir sans cesse présente à l'esprit cette maxime qui érige tout contrat commercial en un contrat du droit des gens; il faut résoudre les difficultés en suivant les règles générales de l'equité, faire produire à la convention ses effets naturels, et interpréter les lois et les usages, plutôt pour lui conserver sa valeur que pour l'anéantir : *Potius ut valeat quam ut pereat.*

2. C'est sous l'empire de cette idée préliminaire que nous allons examiner les actes de commerce dans leurs rapports avec les étrangers.— Nous dirons d'abord quelle loi régit la capacité des personnes : nous traiterons ensuite, et successivement, de la forme des actes et de leurs effets; ce sera l'objet des trois chapitres de ce titre; puis, nous consacrerons le titre II à la compétence des tribunaux français.— Enfin, dans le titre III, nous rechercherons la force exécutoire, en France, des actes ou jugements faits ou rendus en pays étranger.

CHAPITRE PREMIER.

De la capacité des personnes.

SOMMAIRE.

1. Le statut personnel qui règle la capacité des personnes suit l'étranger en France.
2. Application de ce principe à la lettre de change. — Citation de Pardessus.
3. Examen de deux arrêts de la cour de Paris, qui, admettant un système contraire, violeraient les principes si des circonstances de fraude ne venaient en quelque sorte les expliquer.

1. La première, la plus impérieuse condition pour la validité d'un engagement, c'est que son auteur ait manifesté une volonté libre d'entraves, qu'il ait joui de la plenitude de ses facultés intellectuelles. Celui qui est encore enlacé dans les liens de la minorité, ou qui, frappé d'imbécillité ou de démence, n'a pu calculer d'une manière certaine les conséquences de sa signature, celui-là est incapable de donner naissance à une obligation onéreuse pour lui. Les lois de tous les pays s'accordent pour proscrire des actes dans lesquels l'adhésion de l'une des parties n'a pas été éclairée. Ce principe d'élémentaire justice domine les conventions de commerce de même que toutes les autres conventions. En France, nous l'avons dit, le mineur ne peut faire le commerce que lorsque ayant atteint dix-huit ans il est émancipé; et les femmes ne sont réputées marchandes publiques que lorsque, autorisées par leurs maris, elles font un commerce séparé du sien. (Art. 2 4 et 5, Code de comm.) Enfin, l'article 488 du Code civ. détermine que la majorité est acquise à l'individu âgé de vingt et un ans accomplis.

Ces prohibitions de contracter découlent de l'état de la personne, et forment un statut personnel qui saisit l'individu, non-seulement dans le royaume, mais encore en tous lieux. Il serait souverainement injuste d'appliquer sur ce point à un étranger les lois du pays où il se trouve. Si, en effet, dans un pays donné, l'intelligence se développe rapidement, à raison des mœurs ou de la nature de l'éducation première, si la minorité finit d'une manière precoce, serait-il logique de conclure que chez un autre peuple la raison aura acquis, à la même époque, une complète maturité, et que l'adolescent aura pu contracter une parfaite connaissance de cause? Évidemment ce serait méconnaître les simples lois du bon sens que de le décider ainsi. C'est pourquoi les nations civilisées, par un accord tacite et général, sont convenues de respecter les lois étrangères relatives à la personne, et de laisser au législateur de chaque peuple le soin de préciser les conditions, les épreuves et le moment de la capacité. C'est encore par ce motif que la personne peut être relevée de l'incapacité qui pèse sur elle par le seul bienfait de la loi de son domicile [1].

2. Appliquons ces principes à la lettre de change, que, dans le cours de ce livre, nous prendrons souvent pour l'expression la plus nette et la plus générale des actes de commerce.

Un étranger âgé de plus de vingt et un ans, mais mineur aux termes de la loi de son pays, souscrit en France une lettre de change au profit d'un Français. Cet acte devra être régi par les lois de capacité personnelles au contractant, parce que la disposition qui considère les citoyens français comme habiles à faire des lettres de change après vingt ans n'a pu constater la même faculté pour l'étranger, alors surtout que cette faculté est formellement déniée aux individus de sa nation. En décider autrement, ce serait, ainsi que le remarque Pardessus, *Traité du contrat de change*, n° 361, autoriser les tribunaux étrangers à user du droit de *rétorsion* ou *représailles*, et à faire peser sur le Français mineur non émancipé les conséquences d'un contrat de change souscrit par lui dans un pays où l'époque de la majorité est moins élevée que dans le royaume [2].

Si une pareille jurisprudence était admise, les plus graves abus se répandraient dans le

[1] Boullenois, *Tr. de la personnalité*, tome Ier, tit. II, chap. III, observ. 23; — Merlin, *Rép.*, v° *Majorité*, § 5; — Toullier, *Droit civil*; — Duranton, *Droit français*; — Desquiron, n° 312; — Pardessus, n° 1452; — Massé, n° 60. — Fœlix, *Droit international privé*, page 113.

[2] En Prusse, on use fréquemment du droit de rétorsion.

commerce. Les fils de famille, les prodigues, exposés à toutes les séductions de la faiblesse et de la cupidité, éluderaient facilement la loi. Incapables de contracter chez eux, ils simuleraient des lettres de change tirées de lieux où les mêmes prohibitions ne se rencontrent pas, et mettraient ainsi en péril leur avenir et la fortune de leur famille.

Par contre, l'étranger ne saurait se faire un moyen des formalités prescrites par la législation du pays dans lequel il se trouve, si ces formalités sont plus sévères que celles de son pays. Ces formalités ne faisaient pas loi contre lui, elles ne sauraient faire loi pour lui.

3. Toutefois il est des circonstances de fait devant lesquelles fléchit la rigueur du droit. Le dol et la fraude vicient les contrats, modifient les principes, et interdisent des plaintes qui, présentées de bonne foi, eussent été légitimes. Si le mineur a soigneusement caché son incapacité; si, au moyen d'apparences extérieures, il a fait croire à sa majorité et à un droit qu'il n'avait pas, ces manœuvres pourront motiver contre lui un jugement de condamnation.

C'est sans doute à l'influence d'analogues circonstances que sont dus les deux arrêts de la cour de Paris, des 17 juin et 15 octobre 1834 (S.-V., 34, 2, 371, et 34, 2, 657), qui ont validé des effets de commerce souscrits par des étrangers mineurs — Sans cela, nous signalerions ces décisions comme violant la doctrine accueillie par les auteurs les plus recommandables.

CHAPITRE II.

De la forme des actes.

SOMMAIRE.

1. Est-ce la loi du lieu où l'acte est passé, ou celle du lieu où il doit être exécuté, qui régit le contrat? — Distinction.—Opinion des auteurs; jurisprudence.
2. Cependant la nationalité différente ou commune des parties, leurs intentions, les usages locaux, peuvent influer sur la décision à rendre. — Exemple tiré des lettres de change.
3. Citation de E. Vincens, qui dit avec raison, que l'on doit recevoir avec défaveur les exceptions élevées après coup sur la forme des actes.
4. Renvoi, pour les endossements des lettres de change, à notre *Traité sur les effets de commerce*.

1. Par quelle loi doit être régi le contrat? est-ce par la loi du lieu où il a été passé, ou bien par celle du pays où il doit être exécuté? L'opinion généralement admise par les auteurs est qu'il faut distinguer ce qui est relatif *à la forme* de ce qui est relatif *à l'exécution*. Ce qui touche à la forme doit être régi par la législation du pays où la convention a pris naissance, et ce qui touche à l'exécution, par la législation du lieu où son exécution a dû être poursuivie [1].

Cette disposition a été consacrée par plusieurs arrêts, et nous n'hésitons pas à l'adopter comme règle générale [2].

2. Cependant la nationalité différente ou commune des parties, leurs intentions, les usages locaux, peuvent influer sur la décision à rendre, et ne permettent pas d'appliquer à tous les cas, et dans toute sa rigueur, la maxime *Locus regit actum*. Qu'il soit facultatif d'adopter la forme du pays où l'on se trouve, cela n'est pas douteux, mais l'on ne saurait admettre que cela est obligatoire dans toutes les espèces. Il peut arriver tel cas où le contrat sera parfait sans contenir les caractères exigés dans le pays où il est passé. — Par exemple, deux Anglais, résidant passagèrement en France, y souscrivent une lettre de change payable en Angleterre, et

---

[1] Brunnemann, *Commentarii ad Pandectas*, sur la loi 21 ff. *de obligationibus et actionibus*; — Toullier, tome X, page 119. — Despréaux, n° 312; — Massé, tome II, n° 79. — *Code prussien*, art. 936: « Des opérations de change faites » dans l'étranger doivent être jugées d'après les lois du lieu » où elles ont été consommées. — Art. 937. Et surtout les » conditions de validité d'une lettre de change, ou de l'en» dossement, doivent être jugées d'après les lois du lieu où » l'un et l'autre ont été donnés. » — E. Vincens, tome II, page 182: — Merlin, *Rép.*, v° *Lettre de change*, § 2, n° 8, et v° *Protêt*, § 9; — Pardessus, n° 1485, — A. Dalloz, tome XII, page 219.

[2] Trêves, 28 avril 1809 (S.-V., 10, 2, 1); — cass., 25 sept. 1829 (S.-V., 30, 1, 151); — Paris, 29 mars 1836 (S.-V., 36, 2, 457).

n'indiquent pas la valeur fournie. Cette lettre sera valable, parce que la commune intention des contractants démontre qu'ils ont voulu émettre une lettre de change anglaise, et, qu'en Angleterre, il est inutile de faire connaître la valeur fournie [1]. Cet avis s'appuie sur la règle de l'ancien droit : *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit* (Dig., L. 21. ff. *de oblig. et act.*), qu'il faut constamment placer à côté de la règle *Locus regit actum*.

3. Au surplus, E. Vincens, liv. VIII, chapitre 1er, n° 21, fait à l'occasion des lettres de change une réflexion très-juste et dont on peut généraliser la portée. « Je pense, dit-il, qu'on » devrait recevoir avec défaveur toutes les ex- » ceptions élevées après coup sur la forme des » lettres de change livrées à la circulation; elles » sont ordinairement contre la bonne foi : ce » que la rapidité des transactions fait recevoir » avec confiance devrait être maintenu comme » tel à l'égard des tiers. »

4. A l'occasion de l'endossement des lettres de change, nous avons tracé les règles à suivre pour la négociation des effets de commerce; nous renvoyons à nos explications sur ce point [2].

CHAPITRE III.

Des effets des actes, et notamment de la lettre de change, dans leurs rapports avec les étrangers.

SOMMAIRE.

1. Nous avons dit, dans le précédent chapitre, que les règles à suivre pour la forme extérieure de l'acte étaient déterminées par la législation du pays dans lequel cet acte était passé : nous avons ajouté que l'exécution du contrat et ses effets, se trouvaient soumis, au contraire, aux lois du pays dans lequel la convention doit arriver à son extinction.

C'est ici le moment de tirer les conséquences de cette distinction ; prenons toujours la lettre de change comme exemple, et, dès sa formation, suivons la dans les diverses phases qu'elle parcourt, en la conduisant jusqu'à l'époque où elle a acquis tous ses effets.

2. *Acceptation.* — L'acceptation ne touche pas à la substance du contrat de change, qui existe dans toute sa force encore bien que le tiré ait refusé d'honorer la traite de sa signature. Cependant le tireur qui reçoit une valeur certaine s'oblige, comme premier gage de sa sincérité, à fournir au preneur l'engagement personnel du payeur désigné. Les endosseurs sont les garants solidaires de cet important devoir. Devoir pour eux, l'acceptation est un droit pour le porteur, qui peut laisser arriver l'échéance sans exiger cette garantie supplémentaire. Néanmoins, dans les lettres payables à un certain nombre de jours de vue, le porteur ne peut laisser suspendre sur ses débiteurs une responsabilité indéfinie, et il est tenu de présenter, dans un certain délai, le titre à l'acceptation, afin de faire courir les jours de vue. Dans ce cas, fournir et requérir l'acceptation sont deux devoirs parallèles. Dans tous les cas, le refus du tiré est constaté par un protêt.

Voilà, en résumé, les dispositions de la loi française que nous avons developpées en lieu opportun.

Il est certains pays étrangers dont la législation diffère essentiellement de la nôtre. — *En Portugal*, le porteur est *tenu* de présenter la lettre de change à l'acceptation. — *En Espagne*, l'acceptation doit être faite dans des termes sacramentels. — *En Angleterre*, les lettres de change à un certain temps de vue doivent être présentées dans un delai convenable, sans que ce délai soit déterminé. — En un mot, chaque nation a des usages particuliers appropriés à ses habitudes commerciales. Or, comme l'acceptation n'est qu'un mode d'exécution, une espèce d'à-compte fourni sur le payement, il faut suivre, pour la solution des difficultés

[1] La loi prussienne contient dans son art. 938 une disposition analogue.

[2] Voir notre *Tr. des lettres de change*, tome 1er, ch. VII, 2e sect., § 1er, page 278.

qu'elle peut engendrer, et pour les effets qu'elle est susceptible de produire, les règles du lieu où le payement doit être effectué. Ainsi, le porteur ne sera pas admissible à faire valoir contre chacun des endosseurs ou signataires les lois particulières de leur pays. Il n'aura contre eux que les droits que lui accorde la législation du lieu où l'acceptation sera exécutée, c'est-à-dire du lieu où interviendra le payement.

Ajoutons, *quant à la forme* de l'acceptation, que, précisément parce qu'elle ne touche pas à l'essence de la lettre de change, elle est régie par les usages et par la loi du lieu où le tire la donne ou doit la donner, et non par celles du lieu où le titre est payable [1].

3. *Endossement.* — Les lettres de change qui voyagent d'un pays à un autre changent fréquemment de propriétaires : objets d'une active négociation, elles sont couvertes d'endossements. Pour apprécier solidement les effets de ces divers contrats, il est indispensable de rappeler la double opération qu'ils contiennent.

Chaque endosseur se constitue vis-à-vis du tiré en véritable tireur. Il lui renouvelle le mandat d'acquitter la traite, il lui écrit : *Payez*. Sous ce point de vue, il semblerait que les conséquences de ce mandat, semblable au mandat émané du tireur, devraient trouver leur sanction dans la loi du pays où l'ordre est exécutoire et la lettre payable.

Mais cette première opération n'est pas la seule que contienne l'endossement. De l'endosseur au porteur, il intervient un contrat de cession avec garantie solidaire. L'endosseur, s'il transmet la propriété de son titre, reçoit en échange des écus ou une valeur réelle : il suit de là qu'il existe une convention complète qui doit naturellement produire ses résultats aux lieux où elle est consommée.

Cette réflexion nous amène à penser que, relativement à l'interprétation de l'endossement et à l'étendue des droits qu'il confère, la loi du pays dans lequel il s'effectue est la seule applicable.

4. Cela posé, une difficulté accessoire peut arrêter quelque temps. On se demande s'il faut réputer l'endossement consommé au lieu où l'acte est écrit, ou bien au contraire au lieu où la réception de cet acte est agréée par le cessionnaire ; et nous devons remarquer que la même difficulté pourrait s'élever non plus seulement pour l'endossement, mais encore pour la confection de la lettre de change elle-même.

Au premier abord, nous penchions vers la dernière solution, vers celle qui accepte comme lieu du contrat le lieu où le titre a été remis au bénéficiaire et accepté par lui. Nous disions qu'il ne suffit pas à la perfection d'un contrat qu'il ait été tracé sur le papier par l'une des parties, qu'il faut encore que la seconde partie l'ait approuvé, et que l'approbation du nouveau propriétaire n'est donnée que là où le titre lui est livré en échange de sa valeur.

Cependant, un examen plus attentif nous a ramené à l'opinion contraire. Voici par quels motifs :

L'endossement régulier établit, entre le cédant et le cessionnaire, la preuve des énonciations qu'il contient ; il fait foi pour eux et contre eux. Or, que constate cet endossement ? D'une part, que la valeur a été fournie et reçue ; d'autre part, que cette tradition réelle ou fictive s'est opérée dans telle place. En recevant un titre ainsi conçu, le cessionnaire accepte les faits qu'il constate. Si ces faits ne sont pas conformes à la réalité, il se soumet aux conséquences d'une supposition qui n'a rien de déloyal ou d'illicite, et dès lors la négociation est présumée faite aux lieux indiqués sur la lettre de change [2].

5. *Échéance; délais de grâce.* — D'après le principe que nous avons posé, 1re section, il n'est pas douteux que l'époque de l'échéance se calcule d'après les usages de l'endroit où le payement doit être fait. Par exemple, une lettre de change est tirée sur Berlin à deux usances de vue : on fera courir les usances conformément à la loi prussienne, et on suivra ces mêmes lois dans la manière de les calculer [3].

De même, les juges du lieu où l'on poursuit le payement auront la faculté d'accorder terme et délai si leur législation le permet, encore bien que notre Code s'y opposé, et leur décision ne pourra être critiquée en France.

7. *Payement; monnaie étrangère.* — A moins de stipulation contraire, le tiré ne peut être contraint à verser et le porteur à recevoir que de la monnaie ayant cours dans le pays où le remboursement s'effectue.

C'est encore la loi de ce pays qui règle les offres réelles, leur validité, et le dépôt qui doit les suivre.

7. *Contrainte par corps.* — La contrainte par corps est un moyen coercitif à l'aide duquel les tribunaux rendent plus certaine l'exécution de leur sentence. Cette voie rigoureuse n'est pas toujours d'ordre public, et il est des pays où elle n'existe pas. Quoi qu'il en soit, le contrat de change, étant considéré comme une convention commerciale, entraîne de droit la contrainte par corps contre toute personne. Il ne saurait donc y avoir de difficulté quand la lettre de change est payable en France. Mais si elle doit être acquittée en un lieu où la contrainte n'est

[1] Massé, tome II, nº 106.
[2] Massé, *le Droit commercial dans ses rapports*, etc., tome II, nº 105.
[3] C'est ce que Savary a enseigné dans son *Parère* 51, et ce que confirment Pothier, nº 55 ; — Jousse, sur l'art. 5 du titre V de l'ordonnance de 1673 ; — Merlin, *Quest. de droit*, vº *Protêt*, tome V, page 196 ; — et Pardessus, *Cours de droit comm.*, nº 1493.

pas admise, faudra-t-il, le titre revenant en France non payé, soumettre à cette voie d'exécution le Français signataire?

Je ne le pense pas.

S'il n'est permis à personne d'aliéner sa liberté malgre le vœu formel de la loi, ou même dans le silence de la loi, c'est une convention que l'on doit favorablement accueillir que celle qui a pour but d'affranchir de cette sorte de peine l'individu qui en était passible. *Odia sunt restringenda.* En matière de lettre de change, comme en toute autre matière commerciale, le débiteur ne viole aucun principe quand il stipule, expressément ou tacitement, que l'exécution de sa dette ne pourra être poursuivie que dans un cas et par des moyens convenus. Que fait donc le Français lorsqu'il signe une lettre de change? Un acte de commerce si la lettre est payable dans un lieu où elle est réputée acte de commerce : il se soumet à la contrainte par corps si telle est la loi du pays. Mais il fait un acte purement civil, s'il doit payer dans un pays où la lettre de change est ainsi envisagée, et il se borne à donner contre lui les moyens de droit. Pourquoi, en présence d'une pareille convention, le traiter autrement qu'il n'a voulu être traité?

Supposons qu'en France la nécessité de la contrainte n'étant plus sentie, on l'ait abolie comme violant, sans utilité, la liberté individuelle. Supposons, en outre, que la lettre de change soit payable en Hollande, où elle est autorisée, le Français pourrait-il se défendre de ce mode d'exécution en invoquant la loi abolitive? Évidemment non; car on lui répondrait : La législation de France n'a que faire ici. — C'est en Hollande que vous deviez acquitter votre dette; c'est la loi hollandaise qui vous saisit et vous juge. Dès lors, en bonne justice, le droit qu'on aurait contre lui, il doit l'avoir pour lui, et profiter d'une législation plus indulgente de même qu'il souffrirait d'une législation plus rigoureuse.

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX FRANÇAIS RELATIVEMENT AUX ÉTRANGERS.

SOMMAIRE.

Observations générales. — Division de ce titre en trois chapitres.

Il ne nous appartient pas de rechercher devant quels tribunaux étrangers l'étranger demandeur pourra ou devra poursuivre ses divers obligés; mais il faut voir quelle juridiction sera compétente quand il trouvera ses débiteurs en France, où il agira judiciairement.

La loi étant muette sur la plupart de ces questions, la solution devra ressortir de l'application des principes généraux.

Les difficultés peuvent se présenter dans deux cas, 1° quand la contestation s'agite entre étrangers; 2° quand elle s'agite entre Français et étrangers.

Avant d'examiner les conséquences de cette double situation, il est indispensable de faire une observation préliminaire.

Nous ne déterminons pas ici le mode d'assignation des étrangers, ce point touche aux formes de la procédure et sort de notre sujet. Nous ne nous arrêterons pas davantage à rechercher en fait si le créancier aura la possibilité de faire exécuter, à l'étranger, les jugements de condamnation qu'il obtiendra. Il est certain qu'il s'expose à des frais inutiles lorsqu'il poursuit un débiteur qui, par l'abandon du territoire, échappe sans retour à ses légitimes réclamations. Mais lorsque ce débiteur est domicilié en France, lorsqu'il y possède des biens meubles ou immeubles; lorsqu'il est instant d'empêcher la prescription, la poursuite est utile, et c'est alors qu'il devient nécessaire de connaître les droits des tribunaux français pour statuer relativement à des étrangers.

Dans les deux prochains chapitres, nous nous bornerons à établir cette compétence dans ses règles générales. Le chapitre 3 sera destiné à constater quel tribunal en particulier il faudra saisir de préférence à tel autre tribunal.

CHAPITRE PREMIER.

Des contestations entre étrangers.

SOMMAIRE.

1. L'incompétence des tribunaux français sur les contestations entre étrangers est le principe général. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
2. Première exception : lois de police et de sûreté.
3. Deuxième exception : contestations relatives aux choses et notamment aux immeubles situés en France.
4. Troisième exception : consentement mutuel de deux étrangers à être jugés en France. — Dans ce cas, les tribunaux qui *peuvent* juger n'y sont pas *soumis*.
5. Quatrième exception : traités diplomatiques.
6. Cinquième exception : étrangers admis à établir en France leur domicile.
7. Sixième exception : matières commerciales. — Ancienne jurisprudence et son origine. — Discussion au conseil d'État. — Jurisprudence, opinion des auteurs. Citation du texte d'un arrêt de la cour de cassation et d'un arrêt de la cour de Montpellier.
8. Cet usage suivi à Athènes et à Rome. — Citation de Massé.
9. Saisies-arrêts : actes conservatoires. — Jurisprudence.

1. Chaque peuple a ses lois particulières et exerce une souveraineté exclusive sur ses nationaux. De ce fait résulte pour nous cette conséquence naturelle, qu'en thèse générale les tribunaux français sont dépouillés du droit de faire acte de juridiction à l'égard d'individus étrangers. — La jurisprudence, tout en laissant aux tribunaux la faculté de connaître des contestations entre étrangers, lorsque ces étrangers y consentent, soit expressément, soit tacitement, a consacré cette règle de l'incompétence des juges du royaume sur les débats qui s'élèvent entre deux étrangers [1].

Par une juste réciprocité, les étrangers ne sauraient prétendre que les tribunaux qui n'ont pas une puissance directe ont des devoirs nécessaires; que, ne pouvant les *soumettre* à leur empire, ils sont eux-mêmes *soumis* à leur rendre justice.

Cependant Fœlix, dans son remarquable *Traité du droit international privé*, s'appuyant sur de graves autorités, invoquant, à titre d'exemple, la législation des principales nations de l'Europe, s'élève contre cette jurisprudence, dont il constate l'existence, mais qu'il combat dans ses principes (livre II, titre II, chapitre 2, section 2, pages 187, et suiv.); — Massé, tome II, nº 170, est du même avis.

2. Quel que soit le mérite de cette critique, il faut accepter comme un fait accompli cette règle que les arrêts de nos cours ont constamment consacrée.

Mais aussitôt que les étrangers ont quitté le territoire de leur pays et franchi notre frontière, ils doivent une complète obéissance aux lois de police et de sûreté, protectrices de l'ordre public. S'ils méconnaissent leur empire, s'ils commettent une contravention, un délit, un crime, ils sont punissables dans l'intérêt de la société; et c'est *la première exception* au principe général de l'incompétence des tribunaux de France envers les étrangers.

3. Que l'étranger devienne propriétaire d'une partie du sol, qu'il acquière des immeubles, dans les contestations relatives à ces immeubles il sera justiciable de la juridiction des tribunaux français. C'est *la seconde exception* au droit commun.

4. Il est une *troisième exception* qu'il importe de signaler. Deux étrangers résidant momentanément en France, sont divisés par une difficulté dont la prompte solution est nécessaire à chacun d'eux; par un accord exprès ils se présentent devant la justice française, et lui demandent la solution du litige qui les partage. Dans ce cas, la sentence des juges français est inattaquable et doit avoir force entière. Il a même été décidé que l'acquiescement du défendeur peut être tacite, qu'il peut résulter de son silence, et que le déclinatoire ne saurait être présenté pour la première fois en cause d'appel. —Ajoutons sur ce point que si le consentement d'étrangers à être jugés par les tribunaux français confère à ces tribunaux *la faculté* de juger, elle ne leur en impose pas l'*obligation*; ils peuvent d'office se déclarer incompétents [2].

En effet, le droit de rendre justice est un des apanages de la souveraineté: le droit de la réclamer et de l'obtenir est un avantage que le sujet est fondé à exiger de son souverain, et que les étrangers ne peuvent invoquer avec la même force.

5. Dans certains pays, et c'est dans les plus sages, les gouvernements jugent utile de suivre avec sollicitude les intérêts de leurs nationaux, alors même qu'ils ont mis le pied sur un territoire étranger: dans ce cas, leur surveillance, leur protection, pour être efficaces, doivent être exercées avec l'autorisation et le concours du pouvoir établi dans le pays où l'étranger réside; c'est pour régler ces rapports respectifs, pour prévenir le mauvais vouloir d'une administration hostile, que des traités diplomatiques déterminent l'étendue des droits dont jouiront les étrangers. — Parmi ces droits, un des plus importants est celui qui étend ou qui restreint l'action judiciaire, qui attribue aux tribunaux français ou réserve aux tribunaux du pays de l'étranger la connaissance des litiges pouvant survenir. — Ces contrats politiques, régulièrement conclus, doivent être gardés et observés par les juges, soit qu'ils leur donnent, soit qu'ils leur enlèvent le pouvoir de statuer. — L'article 11 du Code civ. consacre cette *quatrième exception* dans les termes suivants: « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

6. La *cinquième exception* concerne les étrangers qui obtiennent du roi l'autorisation d'établir leur domicile en France. L'art. 13 du Code civ. dispose à ce sujet: « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du roi à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider. » — Assimilés aux Français, ces étrangers, sans avoir perdu leur qualité, jouissent du bénéfice de nos lois civiles et commerciales, ont le droit d'invoquer la juridiction de nos tribunaux, et sont soumis, par une juste réciprocité, à toutes les charges qui sont la conséquence naturelle de ces droits [3]. »

7. Enfin, la *sixième exception* est faite

[1] Cass., 22 janv. 1806, *Pasicrisie*; — cass., 4 sept. 1811, *Pasicrisie*; — cass., 27 nov. 1822, *Pasicrisie*; —cass., 20 juin 1823, *Pasicrisie*; — Douai, 7 mai 1828 (S.-V., 29, 2, 79, *Pasicrisie*, à ces dates); —cass., 29 mai 1833 (S.-V., 33, 1, 522).

[2] Cass., 8 avril 1818 (S.-V., 22, 1, 1, 217; Dalloz, 12. 95); — Douai, 2 mai 1828 (S.-V., 29, 2, 79); —cass., 29 mai 1833 (S.-V., 33, 1, 522). — Massé, tome II, nº 170. — Fœlix, nº 148, page 198. — Brux., 18 nov. 1835. *J. de Br.*, 1836, page 181.

[3] Les tribunaux belges sont compétents pour connaître d'engagements contractés entre étrangers en pays étran-

pour les matières commerciales et maritimes.

L'ancienne jurisprudence, d'accord en cela avec la jurisprudence moderne, avait consacré l'incompétence des tribunaux français à raison des différends mus entre deux étrangers, pour cause purement civile. — Mais elle s'empressait d'admettre une solution opposée dans les litiges ayant pour objet des opérations commerciales [1].

C'était, en France, un usage fort ancien, que ce'ui qui rendait les étrangers justiciables de la juridiction des tribunaux français, pour les contrats par eux passés en France dans les foires. On en trouvait le germe dans les lettres patentes de Philippe de Valois, qui, en 1349, soumettait aux gardes des foires de Brie et de Champagne la cour et connaissance des cas et contrats avenus ès dites foires.

On s'autorisait également de l'art. 17 du tit. XII de l'ordonnance de 1673, dont les termes généraux embrassaient dans leur ensemble tout à la fois les regnicoles et les étrangers.

Les rédacteurs du Code civil trouvèrent cette double règle établie, et les discussions qui précédèrent l'adoption de la loi nouvelle témoignent que leur intention fut aussi d'en recommander l'application dans l'avenir.

Ainsi lorsque, le 6 thermidor an 9, le conseil d'État fut appelé à donner son avis sur l'art. 14, les résolutions suivantes furent prises :

« Le consul Cambacérès dit qu'il est nécessaire d'ajouter à cet article une disposition pour les étrangers qui, ayant un procès entre eux, consentent à plaider devant un tribunal français.

» Le citoyen Defermon rappelle la seconde exception proposée par le consul Cambacérès, pour les étrangers qui, ayant un procès l'un contre l'autre, consentent à plaider devant un tribunal français : il considère ce consentement comme établissant un arbitrage qui doit avoir son effet. — Il demande si un étranger peut traduire devant un tribunal français un autre étranger, qui a contracté envers lui une dette payable en France.

» Le citoyen Tronchet répond que le principe général est que le demandeur doit porter son action devant le juge du défendeur; que, cependant, dans l'hypothèse proposée, le tribunal aurait le droit de juger si sa juridiction n'était pas déclinée.

» Le citoyen Defermon observe que ce serait éloigner les étrangers des foires françaises, que de leur refuser les secours des tribunaux pour exercer leurs droits sur les marchandises des étrangers avec lesquels ils ont traité.

» Le citoyen Réal répond que, *dans ce cas, les tribunaux de commerce prononcent.*

» Le citoyen Tronchet ajoute que *la nature des obligations contractées en foire ôte à l'étranger défendeur le droit de décliner la juridiction des tribunaux français.* Mais l'article en question ne préjuge rien contre ce principe; il est tout positif; on ne peut donc en tirer une conséquence négative. Il ne statue que sur la manière de décider les contestations entre un Français et un étranger, et ne s'occupe pas des procès entre étrangers. »

Il résulte évidemment de cette citation que le législateur du Code, au lieu de restreindre et d'abolir le principe consacré par l'ancienne jurisprudence, a voulu, sinon l'étendre, du moins le maintenir intact.

Cela posé, est-ce seulement dans les contestations relatives aux marchés passés en foire qu'il faut admettre la compétence des tribunaux français? N'existe-t-il pas mêmes raisons de décider de même pour les litiges nés d'opérations commerciales ordinaires?

Merlin, après avoir rappelé les termes de l'ordonnance de 1673, qui sont textuellement insérés dans l'art. 420 du Code de proc., s'exprime ainsi :

« De là il suit que la maxime rappelée dans la discussion du Code Napoléon ne doit pas être restreinte aux marchés faits dans les foires; qu'elle est commune à tous les actes de commerce sans distinction, et qu'ainsi tout acte de commerce qui a été fait dans un lieu quelconque de la France, soit avec délivrance de la marchandise dans ce lieu, soit avec l'obligation d'y faire un payement, soumet à la juridiction locale les parties même domiciliées ailleurs, entre lesquelles cet acte a été passé.

» Aussi Boullenois remarque-t-il, dans son *Traité des statuts réels et personnels*, tome Ier, page 608, que les *étrangers commerçants* ont, parmi nous, comme les négociants nationaux, *le choix accordé par l'ordonnance de* 1673, d'assigner leurs débiteurs, ou au lieu du domicile de ceux-ci, ou au lien dans lequel la promesse a été faite et la marchandise livrée, ou au lieu convenu pour le payement. « S'ils n'avaient pas » ce choix, ajoute-t-il, souvent ils ne seraient » pas à portée de se faire rendre facilement justice et se faire payer, et le commerce en souffrirait. » (*Répertoire*, v° *Étranger*, § 2.)

Aux motifs indiqués par Merlin, nous en ajouterons un autre tiré du Code de commerce.

---

ger, lorsque l'étranger assigné est établi en Belgique, qu'il s'y déclare lui-même domicilié, et lorsque d'ailleurs il n'a conservé aucun établissement dans son pays. (Brux., 8 nov. 1842; *J. de Br.*, 1843, 42, et une foule d'arrêts dans ce sens, et notamment Brux., 1er et 20 juill. 1835; *Ibid.*, 1835, page 370.)

[1] Boullenois, tome Ier, pages 607 et suiv.; — Denizart, *Coll. de décisions nouvelles*, édit. de 1789, tome VIII, v° *Étranger*, § 3, et v° *Consul des marchands*, § 3, n° 23; — Pothier, n° 124, page 194, *in fine*.

L'art. 631, qui trace le cercle dans lequel doit se mouvoir la juridiction consulaire, dispose : « Les tribunaux de commerce connaîtront : » 1°. . . . . ; 2° *Entre toutes personnes » des contestations relatives aux actes de com- » merce.* » — Ces mots, entre toutes personnes, sont si généraux, qu'ils me paraissent s'appliquer aux étrangers comme aux nationaux, surtout lorsqu'on les rapproche de la discussion que nous avons transcrite, et qui témoigne de la volonté bien arrêtée du législateur [1].

Pour lever toute incertitude sur un principe aussi fondamental, nous croyons utile de joindre à l'énumération des graves autorités que nous venons de rappeler le texte de deux arrêts.

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, DU 26 NOVEMBRE 1828.

« La cour, — vu l'art. 420 du Code de proc. civ.;

» Considérant, en fait, qu'il a été reconnu par les tribunaux qu'il s'agissait dans la cause d'un acte de commerce ; que les marchandises étaient livrables à Rouen ; qu'elles ont été livrées dans cette ville ; que le payement devait être fait à Paris, et qu'il y a été effectué, du moins en grande partie ;

» Considérant, en droit, que l'art. 420 du Code précité qui, en matière de commerce, permet d'assigner le débiteur dans le lieu où la promesse a été faite, n'établit pas de distinction entre les étrangers et les Français, et qu'il n'était pas dans l'esprit du législateur d'en établir aucune, puisque d'après l'ancienne jurisprudence et les principes reconnus lors de la discussion du Code civil, il est certain que les tribunaux français sont tenus de prononcer sur les actes de commerce faits en France par des étrangers ;

» Considérant, d'ailleurs, que l'art. 14 du Code civ. ne renferme pas de dispositions contraires ;

» D'où il suit que la cour royale de Paris a violé l'art. 420 du Code de proc. en jugeant, par le seul motif de l'extranéité des parties, que le tribunal civil de Paris était incompétent pour connaître de l'action intentée par les demandeurs contre le défendeur, en payement du reste du prix des grains qu'il lui avait vendus et livrés ;

» Casse, etc. »

ARRÊT DE LA COUR DE MONTPELLIER, DU 28 JANVIER 1841.

« Attendu qu'il s'agit dans la cause d'une véritable opération commerciale consommée en France entre étrangers ;

» Attendu que les art. 420 du Code de proc. et 631 du Code de comm. sont conçus en termes généraux et sans aucune exception ; que l'art. 631, § 1er, dispose que les tribunaux de commerce connaissent de toutes les contestations relatives aux engagements entre négociants ;

» Attendu qu'en rapprochant cette disposition des lois antérieures au Code, on demeure convaincu que le législateur, en ce qui touche les matières commerciales, n'a entendu faire aucune distinction entre les Français et les étrangers ; que, pour la prospérité du commerce et dans la vue d'appeler sur le sol français les commerçants étrangers, ceux-ci ont toujours joui en France des mêmes privilèges que les Français ;

» Attendu que l'art. 420 s'applique à toutes les contestations dévolues à la juridiction commerciale ; que, par suite, sa disposition peut être invoquée pour les étrangers comme pour les Français ;

» Attendu que, soit que l'on s'en rapporte à la deuxième ou à la troisième disposition de l'article précité, le tribunal de commerce de Cette était compétent, parce que c'est à Cette que la promesse a été faite, la marchandise livrée et le payement effectué ;

» Par ces motifs, la cour a démis le sieur Ryan de son appel. »

8. Au surplus, comme le dit Massé, ces règles, fondées sur la nature même des choses, sont de tous les temps et de tous les lieux. — A Athènes, les commerçants étrangers étaient jugés soit par les *nautodiques* (Ναυτοδίκαι), soit par les *épagogues* (Επαγωγεῖς), magistrats dont la juridiction s'étendait et sur les étrangers et sur les nationaux [2]. — A Rome, un préteur spécial, *prætor peregrinus*, était chargé de prononcer sur les contestations entre étrangers, qui se jugeaient hors rang, *extra ordinem* [3] et sans retard, *levato velo* [4]. — Et, dans le moyen âge, à mesure que les relations commerciales s'établissaient entre les peuples, on voyait s'établir en même temps des juges qui avaient une compé-

[1] Cass., 22 janv. 1806, *Pasicrisie*; — Paris, 30 mai 1808 (S.-V., 8, 2, 221); — cass., 20 août 1811, *Pasicrisie*; — Colmar, 30 déc. 1815 *Pasicrisie*; — Paris, 24 mars 1817 (S.-V., 18, 2, 5); — Paris, 10 nov. 1825 (S.-V., 26, 2, 282); — cass., 24 avril 1827 (S.-V., 28, 1, 212); — cass., 26 nov. 1828 (S.-V., 29, 1, 8); — Aix, 17 mai 1831 (S.-V., 31, 2, 209); — cass., 26 avril 1832 (S.-V., 32, 1, 456); — Paris, 17 juin 1834 (S.-V., 34, 2, 371); — Montpellier, 23 janv. 1841 (S.-V., 41, 2, 193) Brux., 26 avril 1832, *J. de Br.*, 1832, 2, 118.

Boullenois, *sur la personnalité*, page 607; — Duranton, n° 152; — Toullier, n° 265; — Pardessus, n° 1477, et *Contrat de change*, n° 555; — Merlin, *Répert.*, v° *Étranger*, § 2; — Desprèaux, nos 263 et 265; — Orillard, nos 625 et 628; — Fœlix, *Droit international privé*, liv. II, tit. II, chap. II, sect. II, n° 131, pages 200 et suiv.; — G. Massé, n° 170; — Pigeau, tom. 1er, page 100; — Delvincourt, tome 1er, page 87, notes; — Dalloz, tome XII, pages 86 et suiv.; — Favard, *Répert.*, v° *Étranger*; — Sioché, v° *Étranger*, nos 33 et 34; — Devill., *Dict.*, v° *Étranger*, nos 2 et 12. — Locré, *Conférences du Code civil*, notes sous l'art. 14, tome 1er.

[2] Pardessus, *Lois maritimes*, tome 1er, chap. II.

[3] Bouchaud, *Théorie des Traités de comm.*, page 138; — Bacquet, *Du droit d'aubaine*, chap. III, n° 15.

[4] Loi 5, au C., *de Naufragiis*; — Perezius, sur cette loi, n° 7.

tenee spéciale sur les étrangers. (*Le droit commercial dans ses rapports*, etc., tome II, liv. II, tit. II, chap. 2, sect. 3, page 226.)

9. Les art 557 et 558 du Code de proc. autoriseut tout créancier à pratiquer, en vertu de titres ou d'autorisation du juge, des saisies-arrêts entre les mains des tiers sur les sommes dues à leurs débiteurs.

L'art. 822 dit aussi : « Tout créancier, même sans titre, peut sans commandement préalable, mais avec la permission du président du tribunal de première instance, et même du juge de paix, faire saisir les effets trouvés en la commune qu'il habite, appartenant à son débiteur forain. »

L'art. 417 permet au président du tribunal de commeree, dans les cas qui requièrent célérité, de douner l'autorisation de saisir les effets mobiliers.

Enfin l'art. 172 du Code de comm. dispose que le porteur d'une lettre de change protestée faute de payement, peut, en obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs.

Toutes ces dispositions sont applicables aux étrangers : indépendamment des raisons qui justilient la compétenee des tribunaux français en matière commerciale, on peut dire ici qu'il s'agit, non pas de l'exercice du droit en luimême, mais de simples mesures de conservation qui ont un caractère essentiellement provisoire : d'ailleurs la *chose*, sinon la personne, est naturellement soumise à l'action judiciaire des tribunaux du lieu où elle se trouve déposée [1].

Cependant la cour de Paris a jugé que lorsqu'il s'agit d'une saisie-arrêt fondée sur une créance purement eivile, comme les tribunaux français seraient incompétents pour connaître du fond du droit, et comme dès lors la saisie-arrêt ne pourrait être dénoncée au débiteur avec assignation en validité, cette mesure conservatoire devrait être refusée par le président, ou annulée par les tribunaux [2].

Ces arrêts nous paraissent sujets à critique, et, sur ce point, nous ne saurions mieux faire que d'emprunter les raisons de Massé : « Tout acte d'exécution fait en France, provisoire ou définitif, étant l'œuvre de l'autorité publique, ne peut être jugé, quant a sa forme, que par les tribunaux français, puisque les tribunaux étrangers n'ont aucune juridiction sur les autorités françaises, soit pour leur prescrire d'agir, soit pour juger et maintenir leurs actes. Sans doute, quand un jugement étranger aura statué sur les droits des saisissants, la saisie sortira effet si ees droits ont été reconnus, ou deviendra comme non avenue s'il est jugé que le saisissant n'a aucun droit; et alors le jugement étranger aura un effet plus ou moins indirect sur l'acte conservatoire fait en France. Mais c'est là une conséquence nécessaire de l'incompétence des tribunaux français sur le fond; et c'est exagérer les suites de cette inconséquence que de leur interdire de connaître de la validité de la saisie, quant à la forme, comme ee serait exagérer les suites de leur compétence, quant à la forme, que de les autoriser à juger le fond. » (N° 178, tome II, page 251.)

CHAPITRE II.

Des contestations entre français et étrangers.

SOMMAIRE.

1. Étranger créancier d'un Français : art. 15 et 16 du Code civil.
2. Français créancier d'un étranger : art. 16, même Code.
3. Français cessionnaire d'un titre souscrit par un étranger au profit d'un autre étranger.

Quid quand ce titre est une lettre de change cédée par voie d'endossement? — Citation de Merlin et de Massé. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation. — Jurisprudenee, opinion des auteurs.

1. Si l'étranger est éréancier, l'art. 15 du Code eivil consaere ses droits en ces termes : « Un

[1] Aix, 6 janv. 1831 (S.-V., 33, 2, 43); — Paris, 5 août 1848 (S.-V., 42, 2, 372).

[2] Paris, 6 août 1817, *Pasteriste*; — Paris, 21 avril 1841 (S.-V., 41, 2, 537).

Français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.»

L'art. 16 complète cette disposition en dispensant l'étranger demandeur pour créance commerciale de fournir la caution *judicatum solvi*, qui est le préliminaire obligé de sa demande dans les causes civiles.

Peu importe que l'obligation qui a donné naissance à la poursuite ait été souscrite en France ou à l'étranger : le Français ne serait point admis à se plaindre de ce que l'on soumet ses engagements aux juges de son pays, qui sont ses juges naturels.

Peu importerait encore que, dans le pays dont l'étranger est le sujet, la réciprocité n'ait point été stipulée. Au surplus, quoique certaines législations soient muettes sur ce point, la réciprocité est généralement admise de fait, et les peuples qui ont emprunté la pensée et souvent le texte de nos lois ont conservé cette règle, que recommandent aux législateurs le simple bon sens et les notions les plus vulgaires de l'équité.

Enfin remarquons, à ce sujet, que l'exercice de ce droit ne comporterait aucune distinction entre les matières civiles et commerciales.

2. Si le Français est creancier de l'étranger, l'art. 16 du Code civ. domine toute la matière. Voici comment il est conçu : « L'étranger même non résidant en France pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. » Lors donc qu'une obligation a été souscrite directement envers un Français, soit dans le royaume, soit en pays étranger, il ne peut y avoir de doute sur la compétence des tribunaux de France pour connaître de l'action intentée par le regnicole.

3. Mais en est-il de même quand le Français n'est point le créancier direct de l'étranger, lorsque le titre lui est parvenu par la voie d'une cession à lui faite par un autre étranger?

Il faut ici distinguer les obligations civiles ordinaires des obligations commerciales transmissibles par voie d'endossement. — Pour ne pas sortir de notre cadre, ne nous occupons ici que de ces dernières. Par exemple, lorsqu'une lettre de change souscrite au profit d'un étranger est arrivée par la seule voie de l'endossement entre les mains du Français, qui n'était pas le créancier direct du souscripteur, que faut-il décider ?

Sur cette question, Massé n° 196, s'exprime en ces termes :

« En principe général, il n'est pas douteux que cette question ne doive être négativement résolue. C'est un axiome trivial que le cessionnaire d'une créance n'a pas plus de droits que son cédant, et qu'un créancier ne peut, par les conventions qu'il fait avec les tiers, modifier la position du débiteur. Donc, dans tous les cas où le débiteur étranger ne peut être cité devant les tribunaux français par le créancier étranger avec lequel il a contracté, il ne peut devenir justiciable de ces tribunaux par la cession que le créancier originaire aurait faite de la créance au profit d'un Français. — Le Français qui se rend cessionnaire accepte une position toute faite et à laquelle il ne peut rien changer, parce que le débiteur, en s'engageant avec un étranger, savait à quels juges il aurait affaire, et qu'on ne peut le soustraire à une juridiction qu'il a reconnue, pour le soumettre à une juridiction qu'il n'a pas été à même de reconnaître.

» Mais cette solution n'est applicable que dans le cas où il s'agit d'obligations civiles ou commerciales non transmissibles par voie d'ordre. Quand, au contraire, il s'agit d'une obligation négociable par voie d'ordre ou d'endossement. telle qu'une lettre de change ou un billet à ordre, le Français porteur de l'obligation peut citer devant les tribunaux français l'étranger qui l'a contractée envers un autre étranger. Il y a en effet une grande différence entre l'endossement régulier d'une lettre de change, ou de toute autre obligation à ordre, et le transport d'une créance ordinaire. — D'où vient cette différence? Elle vient, dit Merlin, de ce que l'endossement n'étant que l'exécution de la clause, *ou à son ordre*, sans laquelle la lettre de change ne vaudrait que comme simple promesse, il s'allie nécessairement avec la lettre de change elle-même, et en fait virtuellement partie ; de ce que, par là, le tireur de la lettre de change est censé s'être obligé directement envers tous ceux au profit desquels elle serait endossée, et leur avoir assuré contre lui les mêmes droits que s'il les eût compris tous nominativement dans l'engagement qu'il a pris de la payer ; et, par une conséquence nécessaire, le porteur n'est pas simplement le cessionnaire de celui au profit duquel il a souscrit la lettre de change, mais l'un de ceux au profit desquels il l'a souscrite, ou, en d'autres termes, son créancier direct. — Dès lors, ajoute Merlin, il est bien impossible de contester sérieusement au regnicole, devenu par un endossement régulier propriétaire d'une lettre de change souscrite par un étranger au profit d'un autre étranger, la faculté d'en poursuivre le souscripteur de la manière déterminée par l'art. 14 du Code civ. »

Cette question ne nous semble pas, dans l'espèce que nous essayons de résoudre, mériter l'importance qu'on a bien voulu lui donner Supposez un instant qu'il soit exact de dire que le Français n'est pas le créancier direct du tireur : qu'en résultera-t-il? C'est qu'il sera au lieu et place de son cédant ; qu'il sera présumé étranger, ou pour mieux dire qu'il n'aura, relativement à la compétence, que les droits d'un étranger. Or, comme il s'agit d'une dette

commerciale contractée ou payable en France, comme cet étranger a lui-même, suivant la jurisprudence et l'opinion des auteurs, la faculté d'assigner son débiteur, étranger aussi, pour avoir payement en France de lettres de change, il s'ensuit que cette faculté ne saurait être refusée au porteur français.

Cependant il y a plus, et c'est ici que les raisons que Massé emprunte à Merlin s'appliquent dans toute leur force. — La lettre de change est un acte tout particulier, qui n'est pas conçu dans les formes ordinaires. Celui qui souscrit une semblable obligation ne s'engage pas seulement envers un créancier déterminé, il s'engage aussi *à son ordre*, c'est-à-dire qu'il se soumet directement à payer à la personne, qui, à l'échéance, aura en sa faveur un endossement régulier. Le tireur d'une lettre de change sait qu'elle doit circuler, qu'elle arrivera probablement aux mains d'individus protégés par une nationalité différente de la sienne : il accepte les conséquences de cette négociation, que la nature particulière du titre lui faisait nécessairement prévoir. Aussi, et malgré quelques dissidences, la jurisprudence décide qu'en matière de commerce le souscripteur contracte une obligation directe non-seulement envers le bénéficiaire, mais envers tous ceux qui deviennent successivement porteurs des titres. Parmi de nombreux arrêts, voici un arrêt de rejet rendu par la cour de cassation le 26 janvier 1833, qui sanctionne cette doctrine :

« Attendu que celui qui souscrit une lettre de change ou un billet à ordre s'oblige envers celui à l'ordre duquel l'effet est passé, à lui en payer le montant ; qu'à la différence du cessionnaire d'une créance, qui n'est transmissible que par la voie du transport, lequel cessionnaire ne peut agir que comme exerçant les droits de son cédant, le porteur d'une lettre de change qui lui a été transmise par la voie d'ordre est créancier direct du souscripteur d'une lettre de change;

» Qu'ainsi... et aux termes de l'art. 14 du Code civ., Inglé a pu être traduit pour le payement desdites lettres de change devant les tribunaux français,

» Rejette, etc. [1]. »

CHAPITRE III.

Quel est en particulier le tribunal compétent.

SOMMAIRE.

1. Compétence, suivant les cas, des tribunaux de commerce ou civils.
2. Compétence réglée par l'art. 420 ou par l'art. 59 du Code de proc.

1. Nous avons exposé les règles relatives à la compétence dans les actions concernant les dettes dérivant d'obligations commerciales ; ces principes s'appliquent ici dans toute leur force ; donc, en règle générale, les tribunaux de commerce seront valablement saisis et devront statuer. — Il est pourtant quelques remarques à faire ;

Parfois la nature de l'instance introduite déplace la juridiction.

Ainsi, lorsqu'une saisie-arrêt a été formée en vertu d'effets de commerce, les tribunaux civils ont le droit d'examiner la validité de cette saisie-arrêt, de la convertir en saisie-exécution ou d'en ordonner la mainlevée. Par là ils deviennent juges d'une instance commerciale au fond ; de même, quand un débat s'élève sur l'arrestation provisoire d'un étranger, les tribunaux de première instance sont appelés souvent à prononcer sur la valeur d'effets négociables.

2. Cela posé, il ne nous reste plus qu'à déterminer quel sera entre les divers tribunaux de France, celui qui devra connaître des poursuites intentées contre un étranger.

Pour lui, comme pour le Français, il faudra suivre les errements ordinaires de la procédure.

[1] Douai, 7 mai 1828 (S.-V., 29, 2. 79) ; — cass., 25 sept. 1829 (S.-V., 30, 1. 151) ; — Paris, 29 nov. 1831 (S.-V., 33. 2. 54) ; Caen, 12 janv. 1832 (S.-V., 34, 2, 202) ; — cass., 26 janv. 1833 (S.-V., 33, 1, 100). — Paris, 17 juin 1834 (S.-V., 34, 2, 371) ; — Paris, 15 oct. 1834 (S.-V., 34, 2, 657) ; — Paris, 6 déc. 1836 ; — Paris, 15 juill. 1842. — Merlin, *Quest.*, v° *Etranger*, § 4, n° 4 ; — Fœlix, n° 147, page 218 ; — Massé, n° 196.

En sens contraire : Douai, 27 fév. 1828 (S.-V., 28, 2, 284) ; — Aix, 25 août 1828 (S.-V., 29, 2, 80) ; — Pau, 27 mai 1830 (S.-V., 31, 2, 35). — Poitiers, 3 juill. 1832 (S.-V., 32, 2, 441). — Despreaux, n°s 301 à 303.

Défendeur, l'étranger sera assigné à comparaître devant le tribunal de son domicile s'il est admis à établir son domicile en France; — devant celui de sa résidence, à défaut de domicile régulier [1]; — devant le tribunal du lieu où le payement devait être effectué; — ou devant celui du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée.

Néanmoins, il est des espèces dans lesquelles il est impossible de tracer des règles certaines, et qui laissent aux magistrats un pouvoir discrétionnaire.

Si l'acte de commerce n'est point payable en France, si l'étranger n'y a point établi de domicile, il ne serait pas juste de conclure que la difficulté de trouver un tribunal compétent enlève au créancier le droit que la loi lui accorde de faire condamner son débiteur. *Qui veut la fin veut les moyens*. Dans cette hypothèse, les circonstances du fait et l'équité seraient les guides du créancier et des magistrats. Que l'étranger ait une résidence dans le royaume, qu'il ait formé dans une ville un établissement commercial, c'est là que la justice pourra lui demander compte de l'inexécution de ses engagements.

A défaut de résidence habituelle, l'étranger sera tenu de comparaître à la barre du tribunal du lieu où il se trouvera; enfin le demandeur pourra porter la cause devant le tribunal dont il est lui même justiciable. Mais cette faculté extraordinaire, que peuvent justifier la raison, le droit naturel et la nécessité, cesse lorsque l'étranger se trouve dans une position telle, que les prescriptions ordinaires de la loi peuvent être accomplies.

[1] Brux., 21 juill. 1824, *Pasicrisie belge.*

TITRE III[1].

DE LA FORCE EXÉCUTOIRE DES JUGEMENTS RENDUS A L'ÉTRANGER.

SOMMAIRE.

1. Bases de l'examen des difficultés que soulève ce titre.
2. Art. 2123, 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure.
3. Questions à résoudre.
4. Art. 121 de l'ordonnance de 1629 : Distinction faite par les anciens auteurs, entre les jugements rendus contre des Français et ceux concernant les étrangers. — Citation de Merlin, qui soutient que cette distinction est maintenue par les lois modernes. — Arrêt de la cour de cassation et auteurs qui admettaient cette doctrine. — Premier état de la question.
5. Arrêt de la cour de cassation, contraire : modification de l'opinion des auteurs. — Deuxième état de la question.
6. Indication des auteurs qui résistent à l'entraînement : — Arrêt de la cour de Paris. — Troisième état de la question.
7. Mon opinion personnelle est que les jugements rendus contre des étrangers ne doivent pas être revisés au fond. — Discussion.
8. Citation de Massé, qui réfute un argument du 2e arrêt de la cour de cassation.
9. Le Français peut abandonner le privilége que lui confèrent soit l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, soit l'art. 14 du Code civil, et renoncer à la révision. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation.
10. Autorité des jugements étrangers constatant des faits. — Exemples : jurisprudence.
11. Compétence des tribunaux de commerce pour prononcer la mise à exécution des jugements étrangers rendus en matière commerciale. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
12. Procédure relative à ces demandes.
13. Légalisation des jugements étrangers dont on demande l'exécution.
14. Droits de timbre et d'enregistrement.

1. Nous avons recherché au titre Ier de ce livre quelle est la loi qui régit la capacité des personnes, la forme et les effets des actes consentis par des étrangers : quant aux jugements, il est clair qu'ils sont, en la forme et au fond, exclusivement régis par la loi du pays où ils interviennent.

Il nous reste à examiner ici quelle est en France l'autorité et la force exécutoire dont ils doivent jouir.

Nous laisserons à d'autres le soin d'interroger en particulier les principes du droit des gens et les règles de notre ancienne législation. Cette étude, qui offre un véritable intérêt, nous entraînerait hors des limites que nous impose notre sujet. — Il suffira de traiter la question au point de vue de nos lois modernes, en empruntant toutefois au passé les souvenirs qui doivent nous guider dans cette appréciation.

2. Notre nouvelle législation renferme trois dispositions sur l'exécution des actes et jugements étrangers.

« Art. 2123 du Code civ : L'hypothèque ne
» peut résulter des jugements rendus en pays
» étranger qu'autant qu'ils ont été rendus exé-
» cutoires par un tribunal français, sans pré-
» judice des dispositions contraires qui peuvent
» être dans les lois politiques ou dans les traités. »

« Art. 2128. — Les contrats passés en pays
» étranger ne peuvent donner d'hypothèque
» sur les biens de France, s'il n'y a des disposi-
» tions contraires à ce principe dans les lois
» politiques ou dans les traités. »

« Art. 546 du Code de proc. civ. Les juge-
» ments rendus par les tribunaux étrangers et
» les actes reçus par les officiers étrangers ne
» seront susceptibles d'exécution en France
» que de la manière et dans les cas prévus par
» les art. 2123 et 2128 du Code civ. »

Ces deux premières dispositions étaient, on le voit, uniquement relatives à l'hypothèque ; mais le Code de procédure, dans l'article cité, a généralisé le principe posé par les rédacteurs du Code civil, et l'a étendu à toute mise à exé-

[1] Il faut rendre à César ce qui appartient à César. — Me Palaille, avocat à la cour royale de Paris, qui travaille avec une infatigable patience à un *Traité sur les droits et les devoirs des étrangers en France*, m'a permis d'emprunter le présent titre à ses précieux matériaux. — Cet ouvrage, dont on attend la publication, sera, nous le savons déjà, et mieux que personne, une œuvre de conscience et de talent.

cution des actes et jugements étrangers.—Ainsi, tenons pour constant que tout acte, tout jugement fait ou rendu à l'étranger ne jouit point en France, à moins de stipulation politique contraire, de l'exécution parée. C'est une de ces nécessités que font admettre le droit public et l'indépendance des nations.

3. — 1° *Cela posé, dans quelle circonstance se présentera cette mise à exécution méritant l'exequatur?*

2° *Comment devra-t-il être demandé et accordé?*

3° *Ne doit-il être accordé qu'après une révision complète du fond du procès? ou bien, au contraire, le juge doit-il se borner à rechercher si le jugement émane d'un tribunal compétent, s'il est définitif, et si son exécution ne viole aucune disposition d'ordre public?* — En d'autres termes : *Quelle est l'autorité d'une pareille sentence?*

4° *Si le jugement n'a pas la force exécutoire, ne lie-t-il pas les parties quand, régulièrement rendu par des juges compétents, il est devenu définitif? — N'a-t-il pas alors, sinon l'autorité de la chose jugée telle qu'elle peut résulter du droit civil, du moins une autorité du droit des gens telle que, même en lui refusant l'exequatur, on soit tenu d'accepter ses effets acquis, et de la considérer comme un obstacle, comme une fin de non-recevoir à un nouveau procès, qui ne serait que la reproduction du procès décidé à l'étranger?*

Faut-il faire une distinction entre les jugements rendus contre un Français et ceux rendus contre un étranger?

A quels tribunaux et suivant quelles formes de procédure appartient-il de délivrer le pareatis?

Telles sont les graves difficultés auxquelles donne naissance le système incomplet décrété par le législateur de nos lois actuelles.

4. Toutes ces difficultés sont dominées par la question de savoir si les anciens principes sont encore en vigueur, et si les rédacteurs du Code ont entendu se référer à ce qui existait, ou au contraire introduire un droit nouveau [1].

L'ordonnance de 1629 disait dans son art. 21 : « Les jugements rendus, contrats ou obligations » reçus ès royaumes et souverainetés étrangères, » pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notredit » royaume; ains tiendront les contrats lieu de » simples promesses, et, nonobstant les jugements, *nos sujets contre lesquels ils ont été rendus* pourront de nouveau débattre leurs » droits comme entiers par-devant nos officiers [2]. »

La jurisprudence des parlements et la doctrine des jurisconsultes faisaient une distinction dont l'ordonnance contenait le germe. — Quant aux jugements rendus contre des étrangers, ils étaient rendus exécutoires en France sans révision du fond du procès, et l'on accordait le *pareatis* sans entrer en connaissance de cause. L'office du magistrat français se bornait à rechercher si les grands principes de notre droit public n'avaient pas été méconnus, si la sentence avait été compétemment rendue, et si elle était définitive. — Quant aux jugements rendus contre des Français, l'exécution n'en était accordée qu'après une révision entière du litige en luimême : le jugement était en quelque sorte mis à néant, et l'affaire s'instruisait à nouveau. Ceci résultait des termes et de l'esprit de l'ordonnance, qui n'admettait pas qu'un tribunal étranger pût faire contre le *sujet français* un acte de juridiction valable en France [3].

Dans les premières années qui suivirent la promulgation du Code civil et du Code de procédure, on ne vit dans leurs dispositions que la consécration des anciens principes et de la distinction que nous venons d'esquisser à grands traits. C'est ce que soutenait Merlin, en 1806, dans ses conclusions sur l'affaire Chaillet.— A la vérité, le Code de procédure n'avait pas encore paru; mais on sait qu'il se réfère au Code civil.

« Or, disait le savant magistrat, le Code civil ne fait que sanctionner les anciens principes.... il n'a pu avoir l'intention d'abroger l'art. 121 de l'ordonnance de 1629... Vainement, dirait-on, qu'il ne permet aux tribunaux de déclarer les jugements exécutoires qu'autant qu'après avoir pris connaissance du fond, ils les trouvent réguliers et justes. Si telle était la pensée des rédacteurs du Code, ils ne se seraient pas servis des termes : *déclarés exécutoires par un tribunal français*. Ils connaissaient trop, pour s'exprimer ainsi dans cette supposition, la différence qu'il y a entre *déclarer un jugement exécutoire*, et *prononcer par jugement nouveau*.

» Les tribunaux français prononcent toujours et doivent toujours prononcer par jugement nouveau, quand on leur demande la permission d'exécuter en France un jugement rendu en pays étranger contre un Français, parce qu'alors il n'y a encore rien de jugé aux yeux de la loi, et que la requête en permission d'exécuter équivaut à une action nouvelle. Mais s'agit-il d'un jugement rendu contre un étranger; alors, sans entrer dans la connaissance du fond, ils déclarent ce jugement exécutoire ; et, ce qui fait bien voir que cette formule ne peut conve-

---

[1] Jugé que non en Belgique. (Brux., 3 août 1844; *J. de Br.*, 1844, page 528.)

[2] Un arrêté belge du 9 sept. 1814, et conçu à peu près dans les mêmes termes, a remplacé cette ordonnance.

[3] Boniface, tome III, liv. 1er, tit. 1er, chap. IV;—Bourjon, *Droit commun de la France*, sur l'art. 165 de la *Coutume de Paris*, tome II, page 539; — Boullenois, tome 1er, pages 638 et suiv., et page 606. — Julien, *Statuts de Provence*, tome II, page 442; — Émérigon, *Traité des assurances*, chap. IV, sect. VIII; — Henrion de Pansey, *Recueil de jurisprudence française*, tome 1er, page 48.

nir qu'à ce second cas, c'est que, comme l'observe Brillon (vº *Étranger*, nº 14), elle ne serait pas régulière dans le premier. En effet, dit le même auteur, on ne peut jamais déclarer exécutoire que ce qui, de soi-même, a caractère et force de jugement, mais dont l'exécution est suspendue par le défaut de juridiction sur le territoire d'un autre. » (*Répertoire*, vº *Jugement*, nº 88.)

Par son arrêt du même jour, 7 janvier 1806, la cour de cassation, visant l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, sanctionne les conclusions de Merlin et consacre formellement comme étant encore en vigueur cette distinction entre les jugements rendus contre des Français et ceux rendus contre des étrangers [1].

Le 7 août 1812, et cette fois par conséquent postérieurement à la promulgation du Code de procédure, Merlin, dans l'affaire Morelli, eut de nouveau l'occasion de soutenir et de faire triompher le même système. « A la vérité, dit » la cour de cassation dans un des considérants » de son arrêt, les art. 2123 du Code civ. et 546 » du Code de proc. n'autorisent pas, en termes » exprès, le Français qui a succombé devant le » tribunal étranger à provoquer un nouvel » examen du fond, lorsqu'on demande l'exécu» tion du jugement en France; mais cette fa» culté est consignée dans l'art. 121 de l'ordon» nance de 1629, article qui renferme une loi » politique non abrogée par les nouveaux » Codes. » (*Répertoire*, vº *Souveraineté*, § 7.)

Ainsi, dans la première affaire, la cour suprême jugeait implicitement qu'un jugement rendu en pays étranger, entre deux étrangers, avait en France l'autorité de la chose jugée; et dans la seconde, au contraire, elle consacrait le droit des Français de demander la révision du fond. — Ainsi encore une seconde observation ressort de cette rapide analyse : les magistrats, en 1812 comme en 1806, puisaient cette importante distinction non dans les articles de nos Codes, qui sont muets, mais dans l'ancienne législation.

Ce système fut professé par deux jurisconsultes dont l'autorité avait d'autant plus de poids, que le premier avait concouru à la rédaction du Code civil, et que le second, après avoir par ses ouvrages antérieurs préparé en quelque sorte le Code de procédure, avait été appelé à participer à sa rédaction [2].

Il semblait donc que la jurisprudence et la doctrine avaient imprimé à la question une solution définitive. — Tel fut le *premier état* de la difficulté sous nos lois actuelles.

5. Mais en 1816 il s'opéra une sorte de réaction, et, disons-le, l'espèce était loin d'être favorable à un changement de jurisprudence.

Un sieur Holker, auquel Merlin et les arrêtistes s'accordent à donner la qualité de négociant français, avait formé en 1783 avec un sieur Parker, Américain, une association pour des fournitures à faire aux armées des États-Unis. — Avant que le compte de cette association n'eût été réglé et soldé, Parker s'était retiré en France. — Holker l'assigna devant le tribunal de commerce de Paris; mais, excipant de la nature de la contestation et de sa qualité d'étranger, Parker fit prononcer par jugement, confirmé sur l'appel en 1811, son renvoi devant les tribunaux américains.

Le 14 mai 1814 Holker obtint de la cour de circuit de Boston un jugement contradictoire qui condamnait Parker à lui payer 589,949 dollars. Ce fut en vertu de ce jugement, qu'il avait, sur simple requête, fait déclarer exécutoire par une ordonnance du président du tribunal civil de la Seine, qu'Holker pratiqua des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de Parker. Ce dernier en demanda la nullité en se fondant d'abord sur ce qu'un jugement étranger ne pouvait pas être déclaré exécutoire par une simple ordonnance. — Nous verrons plus bas que, sur ce point, la prétention pouvait être considérée comme fondée. — Mais ce n'était qu'une question de forme qui perdait son intérêt devant le tribunal, puisque là le jugement pouvait être à nouveau déclaré exécutoire. Aussi Parker soutint-il, comme moyen principal, qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner cette exécution parce qu'il s'était, disait-il, pourvu contre le jugement de Boston, et que, dans tous les cas, le tribunal ne pouvait rendre exécutoire le jugement rendu à l'étranger sans une révision complète et sans une nouvelle discussion au fond.

Selon nous, ce dernier moyen n'était pas admissible. — *En fait*, c'était réclamer le bénéfice de la loi française après l'avoir antérieurement répudiée. — *En droit*, c'était méconnaître les principes et revendiquer pour un étranger une révision que la jurisprudence nouvelle, comme l'ancienne, n'accordait qu'au Français.

Aussi, par jugement du 18 mai 1815, le tribunal civil de la Seine repoussa ces conclusions : il considéra, en droit, que les jugements régulièrement rendus en pays étranger réglaient les droits des parties contre lesquelles ils avaient été rendus, quand ils émanaient de juges compétents et ayant juridiction sur elles; que si ces jugements n'étaient pas exécutoires de plein

[1] Il existait, antérieurement, un arrêt contraire de Poitiers, du 18 prairial an 13 (S.-V., 6, 2, 40), et un arrêt conforme de cassation du 26 ventôse an 12 (S.-V., 4, 1, 267); Conformes : Mourre, *Réquisitoire* du 16 décembre 1809 devant la cour royale de Paris; *voir* Merlin, *Quest. de droit*, vº *Jugement*, § 14, nº 3; — Carré, *Analyse raisonnée du Code de proc. civ.*, tome II, page 170; — Berriat, *Cours de proc.*, 3e édit., page 451. — D'autres auteurs encore adoptèrent cette opinion.

[2] Malleville, *Analyse raisonnée du Code civ.*, art. 2123 — Pigeau, *Traité de la procéd. civ.*, tome II, page 35, et *Commentaires sur le Code de procéd. civ.*, notes sur l'article 546.

droit en France, c'est que les juges étrangers n'avaient pas caractère pour en ordonner l'exécution à des officiers ministériels français; et que, quant à la faculté de débattre de nouveau le fond, c'était une exception introduite par l'ordonnance de 1629, uniquement en faveur des regnicoles. En conséquence, le tribunal déclara le jugement de Boston exécutoire en France, en suspendant toutefois les actes d'exécution autres que la prise d'inscription hypothécaire, pendant un délai de quatre mois, afin que Parker pût justifier des actes par lesquels il prétendait s'être pourvu devant la juridiction américaine contre le jugement produit.

La cour royale de Paris, saisie à son tour du litige, infirma la sentence que nous venons de faire connaître en substance. Son arrêt reconnut l'applicabilité de l'ordonnance de 1629; mais jugeaut qu'elle ne comportait pas la distinction faite jusqu'alors, elle décida en principe que les jugements étrangers n'avaient aucune autorité en France; que cette règle étant générale et absolue, les tribunaux ne pouvaient, quelle que fût la nationalité des parties, ordonner l'exécution qu'après révision pleine et entière du fond [1].

Un pourvoi fut formé, et il intervint un arrêt de rejet dont il faut transcrire le texte, parce que ses motifs résument les arguments en faveur de ce nouveau système :

« Sur la contravention à l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 :

» Attendu que l'ordonnance de 1629 disposait en termes absolus et sans exception que les jugements étrangers n'auraient pas d'exécution en France, et que ce n'est que par le Code civil et par le Code de procédure que les tribunaux ont été autorisés à les déclarer exécutoires ; qu'ainsi l'ordonnance de 1629 est ici sans application ;

» Sur la contravention aux art. 2123 et 2128 du Code civ., et 546 du Code de proc. :

» Attendu que ces articles n'autorisent pas les tribunaux à déclarer les jugements rendus en pays étranger exécutoires en France sans examen ; qu'une semblable autorisation serait aussi contraire à l'institution des tribunaux que l'aurait été celle d'en accorder ou d'en refuser l'exécution arbitrairement et à volonté; que cette autorisation, qui d'ailleurs porterait atteinte au droit de souveraineté du gouvernement français, a été si peu dans l'intention du législateur, que lorsqu'il a dû permettre l'exécution sur simple *pareatis* des jugements rendus par des arbitres revêtus du caractère de juges, il a eu le soin de ne confier la faculté de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* qu'au président et non au tribunal, parce qu'un tribunal ne peut prononcer qu'après délibération et ne doit accorder, même par défaut, les demandes formées devant lui que si elles se trouvent justes et bien vérifiées;

» Attendu, enfin, que le Code civil et le Code de procédure ne font aucune distinction entre les divers jugements rendus en pays étranger et permettent aux juges de les déclarer tous exécutoires; — qu'ainsi ces jugements, lorsqu'ils sont rendus contre des Français, étant incontestablement sujets à un examen sous l'empire du Code civil, comme ils l'ont toujours été, on ne pourrait pas décider que tous les autres doivent être rendus exécutoires, autrement qu'en connaissance de cause, sans ajouter à la loi et sans y introduire une distinction aussi peu fondée en raison qu'en principe;

» Qu'il suit de là qu'en rejetant l'exception de chose jugée, qu'on prétendrait faire résulter d'un jugement rendu en pays étranger, et en ordonnant que le demandeur déduira les raisons sur lesquelles son action est fondée, pour être débattues par Parker et être statué sur le tout en connaissance de cause, la cour royale a fait une juste application des art. 2123 et 2128 du Code civ. et 546 du Code de proc. ;

» Par ces motifs la cour rejette le pourvoi [2]. »

Cet arrêt, par lequel la cour de cassation revenait sur sa première jurisprudence, fut rendu après deux longs délibérés, et servit de règle à plusieurs cours royales [3].

Il a aussi modifié l'opinion des auteurs qui s'étaient prononcés en sens contraire, et domine celle de plusieurs autres jurisconsultes [4].

Tel est le *deuxième état* de la question.

6. Quelques auteurs pourtant, résistant à cet entraînement, professent encore aujourd'hui cette opinion, qu'aux Français seuls appartient le droit de repousser complètement le jugement étranger rendu contre eux et d'en requérir la révision, et que les jugements rendus

[1] Arrêt du 27 août 1816 (S.-V., 16, 2, 309; Dalloz, 12, 124).

[2] Chambre des requêtes, arrêt du 19 avril 1818 (S.-V., 19, 1, 288; Dalloz, 12, 125).

[3] Paris, 11 janv. 1898, — Toulouse, 27 déc. 1819 (S.-V., 20, 2, 312); — Grenoble, 3 janv. 1829 (S.-V., 29, 2, 176); — Pau, 13 déc. 1836; — Nîmes, 14 août 1839. — Bordeaux, 22 janv. 1840.

[4] Merlin, *Quest. de droit*, v° *Jugement*, § 14, n° 2; — Carré, *Lois de la proc.*, sur l'art. 546, quest. 1899; — Berriat, *Cours de procéd. civ.*, édit. de 1835, tome III, page 567, note 2. — Toullier, tome X, n° 81 et 83; — Delvincourt, édit. de 1834, tome Ier, notes aux pages 32 et 33; — Grenier, *des Hypothèques*, n° 208; — Persil, *Régime hypothécaire*, sur l'art. 2123, n° 3; — Pardessus, *Cours de droit comm.*, tome V, n° 1488; toutefois cet auteur dit que la révision *in extenso* est facultative et non obligatoire); — Troplong, *Priviléges et hypothèques*, n° 451; — Legal, pages 380 et 383; — Guichard, *Droits civ.*, n° 238; — Rauter, *Proc. civ.*, n° 157; — Chauveau, sur Carré, *loc. cit.*; — Grappe, Dareux, Tripier et Billecoq, Consultation produite dans l'affaire *Kolker*; — De la Croix-Frainville, Bonnet père, Collin, Parquin et Nicod, Consultation produite dans une affaire *Stacpoole*, lors de laquelle il y eut, le 13 mars 1824, jugement auquel on acquiesça par suite du décès de l'une des parties; — Boncenne, *Th. de la pr.*, tome III, pages 222 et suiv.; — Poncelet, *des Jugem.*, tome II, page 60; — Rioche et Goujet, v° *Exécution des jugements et actes*, n° 56, tome II, page 605; — Despréaux, n° 318.

contre les étrangers doivent être exécutoires sans révision lorsqu'ils sont définitifs, compétemment rendus et conformes aux principes de l'ordre public [1].

Bien plus, la cour royale de Paris, qui, en 1816, avait été la cause première du changement de jurisprudence, revint aux anciens principes au moment même où elle venait de voir son premier arrêt sanctionné par la cour de cassation. — Ce nouvel arrêt est trop fortement motivé pour que nous ne le placions pas en regard de l'arrêt ci-dessus transcrit.

Le tribunal de la Seine avait déclaré exécutoire en France, un jugement rendu par un tribunal d'Angleterre, entre deux Anglais, Hunter et Thompson. — 13 mai 1820, arrêt :

« Attendu que les jugements rendus régulièrement et en dernier ressort par les tribunaux étrangers ont, pour les étrangers qui en sont justiciables, l'autorité de la chose jugée, non-seulement dans leur pays, mais encore dans tous ceux où ils résident ;

» Que ce principe a été reconnu par la loi française, qui veut que les jugements étrangers deviennent exécutoires en France lorsque les tribunaux français les ont déclarés tels ;

» Qu'en effet, si les juges étrangers n'ont pas le droit d'ordonner l'exécution de leurs jugements aux agents de l'autorité française, il y a été pourvu par les art. 546, Code de proc., et 2123, Code civ., qui veulent que ces jugements soient exécutés en France lorsque les tribunaux français les auront déclarés exécutoires; que ces expressions de la loi supposent l'existence d'un jugement souverain auquel il manque seulement la force d'exécution, mais ne peuvent faire naître l'idée d'un nouvel examen du fond du procès ;

» Que la révision du procès est hors de la compétence des tribunaux français, qui d'ailleurs, ne pouvant connaître les lois, les usages et la jurisprudence de toutes les nations, seraient le plus souvent dans l'impossibilité de juger avec connaissance de cause ;

» Que si le Code civil a donné aux tribunaux, plutôt qu'à un seul juge, le pouvoir de conférer l'exécution, cette circonstance ne peut changer la nature de l'acte ; qu'il en résulte seulement que le législateur a voulu que les jugements étrangers ne fussent exécutoires en France qu'après qu'ils auraient mûrement examiné si ces jugements ont été rendus régulièrement, s'ils ont acquis l'autorité de la chose jugée, et si leur exécution en France ne serait pas contraire aux droits et usages du royaume, ce qui ne peut être décidé que parties ouïes et après délibération ;

» Attendu que ce principe, applicable seulement au cas des jugements rendus en pays étrangers entre étrangers, ne porte point atteinte au droit qu'a tout Français jugé en pays étranger de débattre de nouveau ses intérêts devant les tribunaux français, ses juges naturels ;

» Attendu, en fait, qu'il n'est pas contesté que le jugement rendu par la cour de Londres, le 27 novembre 1816, ne l'ait été régulièrement et souverainement, et attendu qu'il ne renferme rien de contraire aux droits et usages du royaume;

» Par ces motifs, la cour confirme, etc. »

Tel est le *troisième état* de la question.

7. Nous avons déjà laissé pressentir notre opinion personnelle ; nous n'hésitons pas à adopter ce dernier système comme plus conforme au droit des gens, au texte et à l'esprit de nos lois.

Après les développements dans lesquels nous sommes entré pour exposer l'état de la doctrine et de la jurisprudence tant ancienne que moderne, il nous reste seulement à motiver notre avis sur quelques observations.

En premier lieu, le système que repousse notre conviction aurait le grave inconvénient de mettre notre législation en opposition directe avec le droit commun de l'Europe ; il provoquerait et justifierait des mesures de rétorsion et de représailles de la majeure partie des États avec lesquels nous avons des relations utiles et

[1] Duranton, tome XIX, n° 342 ; — Foucher, nouvelle édit. des *lois de l'organisation judiciaire de* Carré, t. III, pages 250 et suiv. — Boitard, tome III, page 304 ; — Valette, *notes sur Proudhon*, tome Ier page 159, note A ;—Beaussant, *Code maritime*, tome II, page 378; — Massé, *le Droit commercial dans ses rapports*, etc , tome II, n° 306, pages 393 à 400.—Dupin aîné, *plaidoyer dans l'affaire Macpcole*, devant le tribunal de la Seine (*Barreau moderne*, tome V, part. II, pages 365 et suiv.)

Un Français qui a établi depuis plusieurs années sa résidence et le siége de ses affaires en Belgique doit y être regardé comme *habitant* dans le sens de l'arrêté du 9 sept. 1814. Partant, il peut, nonobstant un arrêt obtenu contre lui antérieurement en France par un de ses compatriotes, débattre de nouveau ses droits devant les tribunaux civils du pays devant lesquels il se trouve traduit. (Brux , 21 janvier 1844 *J. de Br.*, 1844, page 532 *Voy.* Brux , 23 juill. 1821, et 13 mars 1841, *Pasicrisie belge*, à ces dates; 18 nov. 1835; *J. de Br.*, 1836, page 181, et 1844, page 525; Boncbe, v° *Exécut. des jugem.*, n° 36; Carré, sur l'art. 545 du Code de proc ; Locré, sur l'art. 546 du Code de proc.; Dalloz, v° *Dr. civils*, sect. 1re, art. 5. *Voy.* aussi l'arrêt suivant.)

Depuis la promulgation des Codes civil et de procédure, l'ordonnance de 1629, art. 21, a cessé d'être en vigueur en Belgique.

L'arrêté du 9 sept 1814 ne fait plus obstacle à ce que les tribunaux belges rendent exécutoire un jugement rendu en France entre Français. Cet arrêté ne concerne que les jugements rendus en France contre des Belges. Celui contre qui est rendue la sentence ne peut de nouveau débattre le fond du droit (546, Code de proc., 2123 et 2128, Code civ.).

Les jugements peuvent être déclarés exécutoires en Belgique sur simple requête, sans qu'il soit besoin de se pourvoir par la voie de l'assignation. Il faut cependant qu'ils ne contiennent rien de contraire à la souveraineté de la nation belge ni aux lois qui intéressent l'ordre public en Belgique. (Brux . 3 août 1844 ; *J. de Br.*, 1844, page 528. *Voy* Brux., 22 mars 1843 ; *J. de Br.*, 1843, page 161 et la note, *Revue des revues de droit*, tome VI, pag 239, nos 195 et 198, pages 267, 270 et 281, n° 312; Fœlix, *Tr. du dr. international*, nos 312 et suiv. ; Nougnier, *des Trib. de comm.*, liv. V, tit. III, édit. de la Soc. Typ.)

suivies. — Sous ce rapport, il ne faudrait l'admettre que si la loi le commandait impérieusement.

En deuxième lieu, il a le tort de méconnaître les principes généraux. — Si les principes de souveraineté et d'indépendance conduisent, en droit rigoureux, à dénier aux jugements étrangers l'autorité de la chose jugée aussi bien que l'exécution parée, l'intérêt commun des peuples et le droit des gens nécessitent un consentement réciproque à l'abandon partiel de ces priviléges. Conserver une omnipotence absolue sur la mise à exécution, se réserver ainsi un moyen efficace de protéger la dignité nationale, c'est satisfaire pleinement à ces instincts, à ces besoins qu'inspirent une légitime susceptibilité. C'est en ce sens, et par ce motif, que chaque État conserve soigneusement le droit exclusif de concéder ou de refuser, dans les limites de son territoire, l'exécution des jugements émanés des tribunaux étrangers.

L'honneur national ainsi sauvegardé, la question se réduit à l'interprétation des textes.

Sur ce terrain, la discussion devient bien simple. — Quelle a été l'intention des rédacteurs du Code? Ont-ils voulu, introduisant un droit nouveau, innovant sur les usages dès longtemps reçus, soumettre sans distinction tous les jugements étrangers à la révision de nos tribunaux?

Voyons. — La loi d'abord.

Le texte de la loi semble proscrire la révision entière du jugement. — En effet, ne nous attachons pas à la superficie des mots, recherchons leur signification. — Aucune loi, aucun article du Code n'autorisent les juges, et à plus forte raison ne les contraignent à reviser les jugements avant de les rendre exécutoires. La seule faculté qui leur est concédée, la seule obligation qui leur est imposée, c'est de repousser les tentatives d'exécution avant que cette exécution n'ait été permise et commandée par eux aux agents de la force publique. Nous soutenons que telle est la limite posée par la loi, et pour le prouver nous nous emparons de ses termes mêmes. Reviser le jugement au fond, c'est remettre en question les conventions des parties, soumettre le demandeur à les prouver, mettre à néant le jugement étranger, faire plaider et juger à nouveau; c'est non pas rendre exécutoire le jugement dont l'exécution est demandée, mais vider une seconde fois, et souvent sans être compétent, le différend qui a divisé les deux parties dans le pays dont ils sont les sujets; c'est enfin substituer aux art. 2123 et 546 une disposition tout autre et bien plus restrictive. — Au contraire, tenir ce qui a été jugé pour bien jugé, voir si la décision a été rendue par une autorité compétente, c'est-à-dire ayant qualité pour statuer, rechercher si elle est souveraine, c'est-à-dire si force lui est définitivement due, et puis dire aux dépositaires du pouvoir : « Voilà un acte que nous avons vu, qui ne blesse aucun des caractères essentiels de nos droits publics, nous vous enjoignons d'y prêter main-forte », c'est non plus créer la loi, mais lui obéir ; c'est, comme elle le dit, *rendre exécutoire* le jugement, revisé dans des proportions et sur des bases conformes aux nécessités de la justice en France.

Si la loi n'était pas suffisamment claire, les discussions qui l'ont précédée, et qui sont toujours des éléments précieux à consulter, jetteraient une vive lumière sur la pensée intime du législateur.

Déjà nous avons vu de Malleville, expliquant sa pensée sur l'art 2123 du Code civ., alors en projet, dire que cet article, conforme à l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, permet de suivre la distinction faite dans l'origine, par les monuments judiciaires, entre les jugements rendus contre des Français et ceux rendus contre des étrangers.

Lorsque le Code de procédure fut soumis au corps législatif, la même opinion fut reproduite. — Réal, orateur du conseil d'État, présentant le cinquième livre du Code, en développait ainsi les motifs, la pensée, dans la séance du 11 mars 1806 :

« C'est dans les mains du souverain qu'est remise la force publique ; c'est au nom du souverain que, dans le jugement, les tribunaux ont appliqué la loi ; ce n'est qu'en son nom que les officiers ministériels, nommés par lui dépositaires délégués d'une partie de cette force publique, doivent être sommés de l'exécuter... Si les officiers ministériels de l'empire, si les membres de la grande famille qui le composent ne doivent obéir qu'au nom du prince, il faut en conclure qu'un jugement émané d'une puissance étrangère n'est, ni pour ces officiers ministériels, *ni pour les sujets de l'empire français*, un ordre auquel ils doivent obéir. Ce principe se trouvait implicitement énoncé dans plusieurs articles du Code civil, et notamment dans les art. 2123 et 2128. Il est ici rappelé, et formellement rappelé, dans l'art. 546, avec les modifications exigées pour les cas prévus par ces deux articles. » (Locré, *Législ. civ.*, part. 1re, liv. V, part. 2, élém. 12, titre VI, nos 15 et 16.)

A cette époque, on le voit, on était seulement préoccupé de la mise à exécution et de la nécessité de recourir aux tribunaux de l'empire pour obtenir un ordre qui fût obligatoire pour les officiers ministériels et pour les citoyens français.

Dans son exposé des motifs, l'orateur qui exposait le vœu du tribunat, Favard, tenait le même langage et se montrait frappé de la même idée, du désir de conserver intacts les droits de notre souveraineté nationale.

« Comme un des principaux attributs de la souveraineté, disait-il, est de rendre exécutoires

les jugements des tribunaux et les actes des autres fonctionnaires établis par la loi, le Code civil et le Code de procédure portent que les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers ne seront pas susceptibles d'exécution en France, à moins qu'ils n'aient été déclarés exécutoires par un tribunal français. » (Séance du 21 avril 1806; Locré, *loc cit.*, n° 11.)

Il résulte donc de ces deux documents que le but unique du législateur était d'exiger, dans l'intérêt de l'indépendance et de la souveraineté nationales, un ordre d'exécution délivré au nom de la puissance judiciaire, et nullement un nouvel examen de la cause, un nouveau jugement.

A la vérité, le législateur laisse et devait laisser les tribunaux libres de refuser l'*exequatur*. Mais il en est de cette faculté comme de toutes les autres appréciations laissées à leur omnipotence. Le législateur suppose nécessairement que les officiers de justice en useront dans les limites tracées par la loi et avec la volonté de rendre à tous et toujours bonne et loyale décision. Lorsque les difficultés qui divisent deux étrangers ont été souverainement et compétemment résolues par leurs juges naturels; lorsque la sentence, conforme aux principes essentiels de notre ordre public, est devenue pour les parties un inattaquable contrat judiciaire, quelle loi, dans son texte ou par son esprit, ordonne ou même permet aux juges de France d'annuler, de briser ce qui a été fait, ce qui a été jugé, pour procéder à ce jugement nouveau?

8. Reste un dernier argument, que l'on trouve dans toute sa force dans l'arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1819 : « Lorsque le législateur a dû permettre, dit cet arrêt, l'exécution par simple *pareatis* des jugements rendus par des arbitres revêtus du caractère des juges, il a eu soin de ne confier la faculté de délivrer l'ordonnance d'*exequatur* qu'au président, et non pas au tribunal, parce qu'un tribunal ne peut prononcer qu'après délibération, et ne doit accorder, même par défaut, les demandes formées devant lui que si elles se trouvent justes et bien vérifiées. »

Massé répond à cette objection avec autant d'énergie que de précision; nous empruntons ici ses paroles :

« Cet argument aurait de la force si, dans le système qui repousse toute révision du fond du procès, l'office du tribunal devait se borner à une simple formalité. Mais il n'en est pas ainsi. Sans reviser, le tribunal est cependant appelé à juger; et, avant de déclarer le jugement étranger exécutoire, il a un examen à faire, qui, bien qu'il ne porte pas sur le fond, n'en provoque pas moins l'exercice du pouvoir judiciaire.

» En effet, le pouvoir des tribunaux français de déclarer les jugements étrangers exécutoires implique le pouvoir corrélatif de refuser l'*exequatur* qui leur est demandé; et on comprend qu'il n'en peut être autrement. Les tribunaux français sont appelés à rendre exécutoires les jugements étrangers, c'est-à-dire les actes judiciaires qui ont tout à la fois le caractère et la forme d'un jugement. Ils doivent donc d'abord vérifier si l'acte qu'on leur présente est un jugement : en d'autres termes, si le jugement réunit toutes les conditions nécessaires pour le rendre valable et définitif dans le lieu où il a été rendu; car on ne comprendrait pas qu'un acte produisît en France des effets dont il serait dépourvu au lieu de sa confection. Si donc le jugement manque des formes indispensables et constitutives, s'il a été rendu par un juge incompétent, les tribunaux français ne peuvent le déclarer exécutoire. — Il y a plus, un jugement étranger, conforme aux lois du pays où il a été rendu peut être contraire à nos lois d'ordre public; et, dans ce cas encore, le devoir des tribunaux français est d'en refuser l'exécution [1], parce qu'on ne peut permettre à aucune autorité étrangère de porter le trouble dans l'État, ou de faire ce qui ne serait pas permis à une autorité française. — C'est pourquoi ils ne peuvent déclarer exécutoire un jugement étranger contraire à un jugement antérieur rendu en France, qui aurait acquis l'autorité de la chose jugée.

» On voit donc que les tribunaux français, tout en s'abstenant de reviser le fond, restent encore chargés de l'accomplissement d'un office qui ne peut être assimilé à une simple formalité, puisque, s'ils ne sont pas appelés à juger de nouveau le procès, ils sont, en quelque sorte, appelés à juger le jugement. » (*Le Droit commercial dans ses rapports*, etc., tome II, n° 306, pages 397 à 399.)

En résumé donc, soit que l'on s'en réfère aux termes rigoureux des art. 2123 et 546, soit que l'on consulte les motifs donnés au corps législatif, ce n'est point un jugement nouveau qui doit être prononcé et exécuté, mais bien le jugement étranger qui doit recevoir son exécution en vertu d'un *pareatis* du tribunal français. — Si l'on veut attribuer aux juges un droit de révision, c'est dans l'ordonnance de 1629 qu'il faut le puiser : or, cette ordonnance dispose en faveur des Français, et demeure muette en ce qui touche les étrangers.

9. Après avoir ainsi épuisé la première, la principale difficulté, il me reste à examiner rapidement quelques-unes des questions accessoires qui s'y rattachent.

Les commentateurs de l'ordonnance de 1629 pensaient que ses dispositions étaient si absolues, que le Français, après avoir pris l'initiative, après avoir introduit à l'étranger et contre un étranger une instance dans laquelle il avait

[1] Cass., 14 juill. 1825 (S.-V., 26, 1, 376).

succombé, pouvait néanmoins s'opposer en France à l'exécution de la sentence rendue contre lui et sur sa demande. Cette doctrine avait été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 26 ventôse an 12. (S.-V., 4, 1, 267.) — De nos jours, la solution contraire a prévalu. On a considéré que l'art. 14 du Code civ. et même l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 accordent au Français un privilége, dont il peut se départir; que dès lors, s'il préfère, au lieu de saisir les tribunaux de France, porter ses réclamations devant les juges de son adversaire défendeur, il abandonne tacitement ses droits, et ne peut plus, soit par action principale, soit par voie d'opposition à l'exécution du jugement étranger, reproduire des prétentions sur lesquelles il a sollicité la décision première.

Voici en quels termes ce système a été consacré par la cour suprême :

« Attendu que le droit attribué, par les art. 121 de l'ordonnance de 1629, et 14 du Code civ., aux Français de traduire un étranger devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, est une faculté et un privilége ; que chacun peut renoncer à un privilége qui lui est personnel ; qu'il y renonce en effet lorsque, comme dans l'espèce, il cite l'étranger devant les tribunaux de son pays, et qu'il épuise tous les degrés de leur juridiction ;

» Attendu que c'est seulement la force exécutoire des jugements étrangers qui leur est déniée en France, jusqu'à leur révision, par un juge français, ainsi qu'il résulte des articles combinés, 2123 et 2128 du Code civ., et 546 du Code de proc.; que ces dispositions de la loi, qui consacrent le droit de souveraineté sur le territoire, ne sont point prises en vue des intérêts privés, et que les parties contractantes ou litigantes restent liées par les actes de la juridiction volontaire contentieuse à laquelle elles se sont soumises ;

» Par ces motifs, rejette, etc. » [1].

10. Disons ici que, par suite de la distinction naturelle à faire entre l'*autorité* des jugements étrangers et leur *mise à exécution*, ces jugements font foi des faits qu'ils constatent, et qu'il n'est pas nécessaire pour leur reconnaître cette autorité, lorsqu'on les invoque seulement comme titres probants, que leur exécution ait été ordonnée.

Ainsi, il a été décidé que le jugement étranger constatant la reconnaissance de la dette pouvait être admis comme preuve, sans demande préalable de *pareatis* [2].

De même on a jugé que les tribunaux français doivent tenir pour constants, jusqu'à preuve contraire, le fait de la faillite d'un étranger et l'époque de l'ouverture de cette faillite, quand ces circonstances sont constatées par un jugement étranger non encore déclaré exécutoire en France [3].

Si, au lieu de considérer le jugement étranger uniquement comme constatant l'existence du fait, la faillite, par exemple, on voulait s'en faire une arme directe soit contre le failli, soit contre des tiers, alors il faudrait réclamer l'*exequatur* [4].

11. Aucun texte de loi n'indique le tribunal qui devra connaître de la demande en *exequatur* d'un jugement étranger. — Cette demande est-elle de la compétence des tribunaux civils ou des tribunaux de commerce?

Cette question ne peut être résolue qu'à l'aide d'une distinction. — Si l'affaire est purement civile, il est incontestable que le tribunal civil sera seul valablement saisi. — Si l'affaire est au contraire au fond essentiellement commerciale, la demande en *pareatis* pourra être soumise aux juges de commerce [5].

La révision, même restreinte aux proportions que nous lui assignons, établit encore un débat commercial dans les affaires de commerce.—Ne s'agit-il pas, en effet, de vérifier : 1° Si les principes d'ordre public constitutifs de notre législation commerciale ont été respectés; — 2° si le magistrat étranger qui a statué était compétent, et si la contestation reposait en réalité sur un trafic de marchandises; — 3° si la sentence était définitive et sans recours utile ?

Or, toutes ces questions, quand elles s'agitent entre commerçants, pour fait de leur commerce, revêtent une teinte commerciale, et participent de cette nature exceptionnelle, qui justifie en général la compétence consulaire.

12. La loi est également muette quant à la procédure à suivre sur les demandes en *exequatur* des jugements étrangers.

Une demande principale, avec mise en cause de ceux contre lesquels l'exécution est demandée, est la voie la plus naturelle et la plus sûre.

Cependant il me semble que, dans le silence du Code, les tribunaux pourraient accorder le *pareatis* sur simple requête, sauf le droit des parties intéressées de former opposition au jugement qui l'aurait accordé.

---

[1] Cass., 15 nov. 1827 (S.-V., 28. 1. 124). — cass., 14 fév. 1837 (S.-V., 37. 1, 251). Toullier, tome X, nos 82 et 83 ;—Fœlix, n° 326;—Legat. page 300.

[2] Aix, 8 juill. 1840 (S.-V., 41, 2, 263); — cass., 11 janv. 1843.

[3] Brux., 21 juin 1820: —Bordeaux, 10 fév. 1824 (S.-V., 24, 2, 119). — Émérigon, *Assurances*, chap. IV, sect. VIII; — Toullier, tome X, n° 86;—Merlin, *Quest.*, v° *Juge suppléant*, § 2; — Grenier, *Hyp.*, n° 211; — Dalloz, v° *Droits civils*, sect. 1re, art. 3, n° 6;—Pardessus, n° 1486;—Fœlix, nos 333 et 429;—Massé, n° 314.

[4] Colmar, 11 mars 1820. *Pasicrisie*;— cass., 29 août 1829 (S.-V., 36. 1, 428, à la note).

[5] Colmar, 13 juin 1815; — Montpellier, 8 mars 1822. — Chauveau, sur Carré, quest. 1900 *bis*.

En sens contraire : Bordeaux, 25 fév. 1836;—Bordeaux, 22 janv. 1840.—Fœlix, n° 324.—Massé, tome II, n° 313.

Ces demandes, comme toutes les autres, sont soumises au double degré de juridiction, et la cour d'Aix a décidé le 8 juillet 1840 (S.-V., 41, 2, 263), qu'une cour royale ne peut statuer directement, *omisso medio*, qu'autant que, par suite d'un traité politique, le *pareatis* est demandé sur lettres rogatoires émanées d'une cour souveraine de l'étranger.

13. Les jugements étrangers doivent, de même que les autres actes, pour faire foi, être revêtus de la légalisation des autorités compétentes.

14. De même, on ne peut faire usage en France de ces jugements qu'après acquittement des droits de timbre et d'enregistrement qui peuvent être dus.

Néanmoins le payement de ces droits ne peut être exigible qu'après la décision du tribunal auquel on demande la mise à exécution : en effet, si le tribunal repoussait la demande, la partie se trouverait grevée à l'occasion d'une condamnation non exécutoire, et frappée de stérilité en France.

TROISIÈME PARTIE.

DE LA PROCÉDURE

DEVANT

LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE.

1. Les questions de procédure doivent naturellement embarrasser les juges de commerce, qui ne sont pas initiés à la science du droit.

   Le législateur n'ayant pas fait un code spécial de la procédure commerciale, c'est pour les jurisconsultes un devoir de chercher à combler cette lacune.
2. La procédure commerciale doit, pour répondre aux besoins du commerce, être tout à la fois économique et rapide. — Citation des paroles du tribun Perrin.
3. Pourquoi la procédure commerciale n'a pas été placée dans le Code de commerce. — Observations de la cour d'Aix, lors de la préparation du Code.
4. Les tribunaux de commerce doivent suivre, dans leur instruction des affaires, les règles ordinaires de la procédure, lorsqu'elles ne sont incompatibles ni avec leur juridiction particulière, ni avec ses règles. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
5. Nécessité d'exposer dans cet ouvrage les seuls principes spéciaux aux juridictions consulaires.
6. Les juges de commerce, comme les autres, ne doivent point dicter de transactions aux parties.

   Suppression du préliminaire de conciliation dans les instances commerciales. — Cette suppression s'applique également aux cas où les tribunaux civils sont appelés à statuer à défaut d'une juridiction consulaire spéciale. — Opinion des auteurs.
7. Les étrangers demandeurs, en matière de commerce, sont dispensés de la caution *judicatum solvi*.
8. La procédure qui existe devant les tribunaux de commerce est tout exceptionnelle.

   Proposition faite par les *commissaires-rédacteurs* du projet du Code de commerce de constituer des avoués en juridiction consulaire. — Observations des tribunaux. — Rejet de cette proposition. — Disposition de l'art. 414.
9. Renvoi à la première partie, liv. Ier, tit. III, chap. Ier, pour ce qui concerne les agréés.
10. Division de la présente partie.

1. Les opérations commerciales, lorsqu'elles engendrent des litiges, doivent être appréciées par des commerçants. — De là de grands avantages, mais aussi quelques dangers. — Ces avantages, nous les avons exposés mainte fois; ils découlent de l'expérience profonde des juges de commerce. Ces dangers ont, au contraire, pour cause l'inexpérience de ces magistrats dans les questions qui touchent aux formes de la procédure. S'ils ont la science des affaires, ils ne possèdent pas au même degré la science du droit.

Le législateur aurait sagement disposé, s'il avait rédigé avec soin le Code de la proc. comm.; s'il avait tracé aux juges consulaires des règles sûres et faciles : malheureusement, ces règles sont éparses dans un grand nombre de dispositions étrangères aux tribunaux de commerce, il faut que ces tribunaux aillent, à l'aventure, çà et là, chercher les principes qui sont leur guide. Or, dans cette difficile recherche, ils peuvent s'égarer : c'est pour nous un devoir de chercher à combler cette lacune de la loi et à éclairer la voie de la procédure commerciale.

2. L'un des principaux motifs qui ont fait constituer les tribunaux de commerce, c'est le désir de mettre un terme prochain à des contestations qui, par leur nature, exigent une prompte solution. C'eût été vainement que cette institution eût été fondée, si, par ses formes de procéder, elle était restée enlacée dans les liens

de la chicane et avait été frappée dans sa substance même. Aussi l'on a compris qu'il fallait à cette juridiction exceptionnelle une procédure spéciale qui permît de concilier la rapidité de l'instruction et du jugement avec les délais indispensables pour la comparution et la défense des parties. « Il est heureux, disait le tribun Perrin, au corps législatif, que les conventions du commerce, presque toutes circonscrites dans des règles simples, faciles à connaître, et qui toutes supposent la bonne foi qui doit en être la base, offrent, pour leur examen, une facilité qui vienne concorder avec le besoin, presque toujours vivement senti, d'une prompte décision. »

3. Au premier aspect, il semble que la place de la procédure commerciale est dans le code qui règle les opérations de commerce. Lorsque les tribunaux furent consultés sur le projet du Code de procedure, des observations furent faites à ce sujet. La cour d'Aix disait : « On a été séduit sans doute par l'idée de présenter un *ensemble complet*; mais il ne peut y avoir d'*ensemble* dans des choses qui sont d'un ordre différent. — Les affaires de commerce, leurs tribunaux, leurs formes, n'ont que très-peu de contact avec les affaires civiles, leurs tribunaux, leurs formalités. Il est bon que des codes différents règlent les uns et les autres; on n'en est que plus assuré que les citoyens les distingueront à leur tour. »

« *Il est*, dit l'auteur de l'*Esprit des lois*, *différents ordres de lois, et la sublimité de la raison humaine consiste à les bien distinguer; moins le législateur les rapproche, plus il est probable que les citoyens ne les confondront pas.* »

Malgré ces réflexions si judicieuses, la procédure des tribunaux de commerce fut placée dans le Code de procédure civile par une sorte de force majeure. Ce code a été discuté en 1806, avant celui de commerce, et on ignorait à quelle époque on discuterait ce dernier. D'ailleurs, la matière appartenait aux deux également : en conséquence, on a jugé convenable de la placer dans celui qui a été décrété le premier, sauf à y renvoyer dans l'autre. (Locré, tome IX, page 6.)

C'est ce que fait l'art. 642 du Code de comm. quand il dit : « La forme de procéder devant » les tribunaux de commerce sera suivie telle » qu'elle a été réglée par le titre XXV de la » première partie du Code de procédure civile. » (Art. 414 à 442.) »

4. Après ce renvoi nécessaire, l'art. 643 du Code de comm. ajoute : « Néanmoins, les arti» cles 156, 158 et 159 du même Code, relatifs » aux jugements par défaut rendus par les tri» bunaux inférieurs, seront applicables aux » jugements par défaut rendus par les tribunaux » de commerce. »

Ce n'est pas seulement quant à ces art. 156, 158 et 159, qu'il y a communauté de règles.

Si les tribunaux de commerce ne pouvaient suivre que les règles énoncées dans le tit. XXV de la partie première du Code de procédure civile, il leur serait impossible de rendre la justice. A chaque pas, des difficultés qui n'y sont pas prévues viendraient paralyser le jeu de leur institution. Le législateur, en décrétant les art. 414 et suiv., a eu pour but d'ajouter aux règles en usage devant tous les tribunaux des règles particulières à la juridiction consulaire. C'est ce qui résulte du procès-verbal des vœux de la section de législation du tribunat, dans lequel nous lisons : « Le titre de la procédure devant les tribunaux de commerce ne contient que des règles spéciales, et ainsi les règles générales leur sont applicables. »

Cependant, plusieurs des dispositions des lois ordinaires de la procédure ne peuvent être suivies devant la juridiction commerciale. Pour reconnaître celles qui ne peuvent lui convenir, il faut rechercher : 1° celles auxquelles les articles 414 à 442 dérogent formellement ou tacitement; 2° celles qui sont antipathiques à la nature, à l'organisation, à la compétence de cette juridiction exceptionnelle. — Cette observation fondamentale est, au surplus, adoptée par la jurisprudence et par tous les auteurs [1].

5. Il ne peut entrer dans notre plan de rappeler ici les principes généraux de la procédure; il suffira à la matière de ce traité d'appliquer ceux qui sont propres à la juridiction commerciale.

6. Les magistrats consulaires sans pouvoir, comme les autres juges du reste, s'immiscer dans les transactions que les parties pourraient tenter devant eux, font cependant, en certains cas, l'office de conciliateurs, et cet office, ils le délèguent parfois à des arbitres rapporteurs. Ainsi est rendu moins nécessaire le préliminaire de la conciliation que les juges de paix doivent tenter dans les affaires ordinaires. D'ailleurs, comme la célérité doit présider aux instances commerciales, la nécessité de se retirer devant le juge de paix ferait perdre aux négociants un temps précieux, et sans avantages réels, car la conciliation est le plus souvent une vaine formalité. — Aussi, les cours d'Agen, de Besançon, de Caen, de Douai, de Liége, d'Orléans, de Toulouse et de Turin, demandèrent pour les affaires commerciales une dispense de ce préliminaire, inutile souvent et dangereux dans l'espèce. — C'est ce qui fut accordé par l'art. 49 du Code de proc. civ. — La dispense de conciliation est

[1] Rouen, 12 mars 1828 (S.-V., 28, 2, 174). — Favard, tome V, page 712, n° 1; — Thomine, n° 462; — Locré, tome IX, page 7; — Carré, *Lois de la proc.*, tome III, page 501; — Pardessus, n° 1361; — Bioche, tome V, v° *Trib. de comm.*, n° 180. — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 95.

portée en faveur de la nature des causes, et non en faveur d'un tribunal en particulier : aussi elle a lieu même dans le cas où, à défaut de tribunal de commerce, la demande est introduite devant un tribunal civil faisant fonctions de juridiction commerciale [1].

7. Le commerce n'a point de territoire, ou, pour mieux dire, le monde entier lui appartient. Dès lors, les contestations qui surgissent de ses opérations sont, en tous lieux, placées sous la tutelle du droit des gens. Les individus qui font profession *du fait de la marchandise* ne sont étrangers nulle part, quand ils agissent en qualité de commerçants, et ils doivent trouver partout aide et protection. C'est pour cela que le Code civil, après avoir contraint les étrangers demandeurs en matière ordinaire à fournir la caution *judicatum solvi*, fait exception en faveur des affaires de commerce (art. 16).

Le Code de procédure consacre la même exception en disant, art. 423 : « Les étrangers demandeurs ne peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir une caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourront être condamnés, même lorsque la demande est portée devant un tribunal civil dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce. »

8. C'est, au palais, une habitude assez répandue que de dire : « Devant les tribunaux de commerce il n'y a pas de procédure. » L'art. 414, loin d'autoriser une pareille locution, déclare au contraire en termes formels qu'il existe une procédure. Seulement, pour en préciser le caractère, il ajoute que cette procédure se fait sans le ministère des avoués, ce qui signifie qu'elle est sommaire et ne comporte ni requêtes, ni frais.

Lorsque le projet du Code de commerce a été rédigé, on avait proposé, dans l'art. 432, de constituer des avoués près des tribunaux de commerce. — Un grand nombre de cours et de tribunaux s'élevèrent contre cette innovation. La cour de cassation disait : « Beaucoup de » commerçants expédient seuls leurs affaires, et » il faut leur en conserver la faculté. — Pour » les autres, il faut accorder aux tribunaux de » commerce le droit de désigner un certain » nombre de mandataires, avec faculté de les » révoquer. C'est le seul moyen d'éloigner de » ces tribunaux la chicane, ennemie mortelle » du commerce. » (*Observations raisonnées des tribunaux*, tome Ier, page 67.)

La cour de Dijon s'exprimait avec encore plus d'énergie : « On se demande, s'écriait-elle, » pourquoi ces ministres des formes auprès d'un » tribunal où les formes sont étrangères ?

» Mais ces fonctionnaires ne sont-ils qu'inu» tiles ?

» Quoi ! le commerçant ne pourra plus venir » lui-même devant ses pairs pour y faire valoir » ses droits et y proposer ses défenses ?

» Quoi ! il ne sera plus possible d'arriver aux » pieds de la justice commerciale qu'à travers » tous les détours de la chicane ?

» Cette innovation, on ne craint pas de le » dire, dénature entièrement la belle institution » des tribunaux de commerce.

» Dans la bouche des justiciables, les contes» tations étaient simples ; elles ne sortaient pas » de la sphère des connaissances des juges ; en » sera-t-il de même lorsque l'art du praticien » les aura dénaturées ? Lorsqu'au lieu de l'af» faire, il s'agira de juger des questions de pro» cédure, des exceptions tirées des règles obser» vées dans les juridictions ordinaires, des fins » de non-recevoir, etc. ? On ne craint pas de le » dire, pour prononcer sur ces questions, éla» guer tous ces détours de la chicane, et arriver » rapidement au point de la contestation, il faut » d'autres connaissances que celles que donne » l'habitude du commerce. » (*Observations des tribunaux*, tome Ier, pages 154 et 155.)

Par suite de ces réflexions, le projet de la commission fut abandonné et remplacé par l'art. 414, qui interdit le ministère des avoués.

9. Lorsque nous avons parlé des agréés (1re part., liv. Ier, tit. III, chap. 1er), nous avons expliqué qu'il existait auprès des tribunaux de commerce des jurisconsultes chargés de défendre les justiciables, dont le ministère, purement officieux, n'est point obligé, et connus sous le nom d'*agréés*. — A l'occasion de l'art. 421, qui trouvera tout à l'heure sa place, nous aurons encore à répéter cette observation.

10. Pour suivre dans tous ses détails la procédure qu'engendrent les affaires commerciales, nous diviserons ce livre en sept chapitres, dans lesquels nous examinerons : — 1° Comment la demande est introduite ; — 2° comment elle est instruite ; — 3° comment elle est jugée ; — 4° les voies de recours ordinaires et extraordinaires contre les jugements ; — 5° l'exécution provisoire, nonobstant opposition ou appel ; — 6° la règle que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements ; — 7° les moyens de contrainte attachés à leur exécution.

[1] Carré, *Lois de la proc.*, sous l'art. 415 ; — Pardessus, nº 1363 ; — Favard, tome V, page 713 ; — Boitard, tome II, page 119 ; — E. Vincens, tome Ier, page 86, liv. II, chap. III, nº 2 ; — Pigeau, *Comment.*, tome Ier, page 710.

CHAPITRE PREMIER.

Comment la demande est formée devant les tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

1. *Ajournement.* — *Ce qu'il doit contenir.* — Toute demande est formée devant les tribunaux de commerce par exploit d'ajournement suivant les formalités prescrites au Code de procédure au titre *des Ajournements.* (Art. 415, Code de proc.)

Suivant l'art. 61, auquel il est renvoyé,

« L'exploit d'ajournement contiendra :

» 1° La date des jour, mois et an, les nom, profession et domicile du demandeur, la constitution de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit;

» 2° Les nom, demeure et immatricule de l'huissier; les nom et demeure du défendeur et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera laissée;

» 3° L'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens;

» 4° L'indication du tribunal qui doit connaître de la demande et du délai pour comparaître : le tout à peine de nullité. »

2. — Nous nous bornerons au sujet de cet article, dont l'examen approfondi nous entraînerait hors de notre sujet, à quelques réflexions.

Pour qu'une demande soit régulièrement introduite, il faut que l'exploit d'ajournement soit signifié à la requête d'une personne capable d'ester en justice, et ayant, dans l'espèce, qua-

lité pour agir. — Ainsi, une femme mariée, quand même elle serait marchande publique, ne pourrait saisir valablement le tribunal de commerce, sans l'assistance de son mari. — Le mineur assignerait irrégulièrement, s'il n'était assisté de son tuteur : cependant le mineur commerçant étant réputé majeur par le fait de son commerce, nous croyons que dans ce cas, il aurait qualité pour ester directement en justice. — Les demandes introduites au nom du failli, pour causes qui ne sont pas exclusivement attachées à sa personne, doivent être formées à la requête des syndics provisoires ou définitifs. — Le mandataire, ayant traité pour le compte et *au nom* de son mandant, agit à la requête dudit mandant : *nul en France ne plaide par procureur, si ce n'est le roi.* — Au contraire, dans le contrat de commission le commettant n'étant pas connu des tiers, qui n'ont fait foi que dans le commissionnaire, c'est en nom et contre ce dernier personnellement que l'instance est liée.

3. — Comme l'art. 6 est général et concerne toutes les professions, il ne mentionne pas une formalité prescrite par une loi spéciale, non pas, il est vrai, à peine de nullité ; suivant l'art. 56 de la loi du 12 brumaire an 7, la patente du commerçant demandeur doit être énoncée par date et numéro à la suite de sa qualité, à peine de 500 fr. d'amende.

4. — Comme nous l'avons fait remarquer, le titre XXV déroge aux autres dispositions du Code de procédure lorsqu'elles sont en opposition directe avec les principes qu'il admet. — Or, comme il n'y a pas d'avoué devant les tribunaux de commerce, il n'y a point lieu dans l'assignation de faire une constitution d'avoué. Nous verrons plus tard qu'une élection de domicile particulière est prescrite en remplacement de celle qui d'habitude est indiquée en la demeure de l'avoué qui occupe en instance civile.

5. — *Nous venons de dire que l'exploit d'ajournement ne doit pas contenir constitution d'avoué; mais lorsque les tribunaux civils remplissent les fonctions de tribunaux de commerce, dans les arrondissements où il n'en existe pas, l'art. 414 est-il applicable, et le ministère des avoués doit-il être employé?*

Suivant moi, c'est une véritable équivoque qui a donné naissance à cette question. On a dit : Le titre XXV du Code de proc. traite de la procédure *devant les tribunaux de commerce* seulement, et ne peut être étendu aux tribunaux de première instance. Notamment, quand l'art. 414 défend le ministère des avoués, c'est seulement *devant les tribunaux de commerce.* Quand il n'existe pas de tribunal de commerce, les formes et interdictions cessent d'être applicables. Un tribunal civil fonctionne à son lieu et place, et naturellement il emploie tous les agents qui en sont parties nécessaires ; il fait mouvoir tous les rouages qui participent à son institution. Or, il n'est point de tribunaux de première instance sans avoués, et dès lors, si ces tribunaux sont appelés à statuer, le ministère des avoués doit être employé.

Quand ce système a été produit, on a oublié à quel titre et à quelles conditions les tribunaux de première instance sont investis du droit de juger les affaires commerciales. Dans certaines localités, le commerce est trop restreint et les commerçants sont trop peu nombreux pour que le pouvoir exécutif ait pu ou dû établir une juridiction consulaire. Cependant, des contestations commerciales surviennent, et, comme celles qu'engendrent les grands centres de transactions, elles méritent une solution rapide et peu dispendieuse. Est-ce donc lorsque le commerce est pauvre qu'il faut le grever de frais et le laisser en souffrance? C'est, ce nous semble, alors surtout qu'il est équitable de lui venir en aide.

Dans ce cas, il faut bien qu'une juridiction statue, que des magistrats remplacent les magistrats absents. C'est pour cela que l'art. 640 du Code de comm. confie momentanément aux juges de première instance le soin de décider les litiges de commerce. Mais, qu'on le remarque, ce n'est pas *le tribunal,* c'est-à-dire *le corps constitué pour juger les affaires civiles* qui distribue la justice, ce sont (nous empruntons à l'art. 640 ses propres expressions) *les juges du tribunal civil* qui *exercent les fonctions* attribuées aux juges de commerce. Par conséquent, s'ils n'exercent pas *leurs fonctions, mais celles d'autrui*, les magistrats du tribunal civil doivent emprunter les formes et privilèges de ceux dont ils tiennent la place. Ils sont, par exception, *des juges consulaires non plus.*

D'ailleurs, la pensée du législateur est clairement manifestée par l'art. 641, qui complète la disposition précédente. En remettant aux tribunaux civils les pouvoirs des tribunaux de commerce, cet article ajoute que L'INSTRUCTION *dans ce cas aura lieu* DANS LA MÊME FORME *que devant les tribunaux de commerce.*

En un mot, l'interdiction du ministère des avoués est fondée sur le besoin d'économiser les frais et d'activer le jugement, sur la nature des causes. Or, ce besoin, cette nature ne changent pas avec le caractère du tribunal, et, lorsqu'ils se présentent dans toute leur force, il faut que les règles qu'ils ont nécessitées conservent leur empire [1].

---

[1] Pardessus, n° 1363; — Bloche, v° *Tribunal de comm.*, n° 151, page 337; — Carré, *Lois de la pr.*, quest. 1487; — Thomine, n° 463; — Boitard, 2, 119, sur l'art. 414; — Devilleneuve, v° *Tribunal de comm.*, n° 113; — E. Vincens, tome Ier, liv. II, chap. IV, page 113; — Orillard, n° 47; — Locré, tome VIII, pages 557 et 558; — Despréaux, n° 178.

Cependant, en sens contraire, Lepage, *Questions*, p. 277; — Coffinières, *Journ. des av.*, tome III, page 119.

6. L'ordonnance de Roussillon portait (article 5) que les parties seraient tenues, dès l'introduction de l'instance, de donner copie, *si elles en étaient requises*, des pièces sur lesquelles les demandes et défenses seraient spécialement formées. — La déclaration du 17 août 1564, interprétative de cette ordonnance, ajoute que, dans les matières où les parties fonderaient leur intention *sur pièces prolixes*, comme comptes, terriers, dénombrements et aveux, et autres semblables, elles seraient tenues de les exhiber et communiquer à la première réquisition et sans délai.

L'ordonnance de 1667 modifie cet ordre de choses, du moins à l'égard de la demande. « Les demandeurs, dit l'art. 6, titre II, seront tenus de faire donner, dans la même feuille ou cahier de l'exploit, copie des pièces sur lesquelles la demande est fondée, ou des extraits, si elles sont trop longues; autrement, les copies qu'ils donneront dans le cours de l'instance n'entreront en taxe, et les réponses qui y seront faites seront, à leurs dépens, sans répétition. »

Les rédacteurs du Code de procédure ont pensé qu'il était utile que le défendeur connût le titre fondamental sur lequel est fondée la demande. En conséquence, ils ont adopté le système de l'ordonnance de 1667, et ont dit dans l'art. 65 : « Il sera donné avec l'exploit.... copie des pièces ou de la partie des pièces sur lesquelles la demande est fondée. A défaut de ces copies, celles que le demandeur sera tenu de donner dans le cours de l'instance n'entreront point en taxe. »

Il est des cas où l'obligation de fournir copie des pièces doit être accomplie avec un grand soin, et où l'oubli de cette formalité entraîne les plus graves conséquences. — Ainsi le protêt d'un effet de commerce doit, *à peine de nullité*, en contenir la transcription littérale; et le porteur doit, en assignant les endosseurs ou le tireur, leur notifier ce protêt dans des délais déterminés. Si ces formalités n'ont pas été régulièrement remplies, elles sont réputées omises, et il surgit contre le demandeur une légitime déchéance.

7. *Indication du tribunal.* — Le dernier paragraphe de l'art. 61 exige que l'exploit fasse mention du délai dans lequel le défendeur doit comparaître devant le tribunal. Cette disposition n'oblige pas le requérant à mentionner le jour précis; il suffit qu'il fasse une indication assez exacte pour que le défendeur ne puisse être induit en erreur : ainsi l'ajournement donné *pour la plus prochaine audience, à un jour franc*, satisferait entièrement au vœu de la loi.

8. *Par qui l'ajournement peut être fait.* — « L'huissier, qui est investi du soin de rédiger les exploits d'ajournement, ne pourra instrumenter pour ses parents et alliés, et ceux de sa femme, en ligne directe et à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, le tout à peine de nullité. » (Art. 66 du Code de proc.)

Le motif de cette disposition est facile à saisir : on voit souvent des *copies soufflées*, et l'on ne veut pas que l'huissier soit placé entre son intérêt ou celui de ses proches, et son devoir.

9. *Des jours et heures prohibés.* — Après avoir vu ce que doit contenir l'ajournement, et par qui il est signifié, voyons dans quel temps il peut être lancé.

En règle générale, les exploits peuvent être notifiés dans tous les temps, aux jours et aux heures qui ne sont pas expressément exceptés par la loi.

« Aucun exploit ne sera donné un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du président. » (Art. 63.)

« Aucune signification... ne pourra être faite, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant six heures du matin et après six heures du soir, et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant quatre heures du matin et après neuf heures du soir... si ce n'est en vertu de permission de juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure. » (Art. 1037.)

10. *Dans quel délai l'assignation est donnée.* — Maintenant, expliquons-nous sur le délai dans lequel l'assignation peut être lancée.

Le délai sera au moins d'un jour (art. 416 du Code de proc.), et ce délai doit être franc, suivant la prescription de l'art. 1033, qui est générale : « Le jour de la signification ni celui de l'échéance ne sont jamais comptés pour le délai général fixé pour les ajournements [1]. »

11. Si le défendeur n'est point ou domicilié on assigné parlant à sa personne, au lieu où siége le tribunal devant lequel il doit comparaître, le délai d'un jour franc sera, conformément au même art. 1033, augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où l'assignation est reçue et celui de la situation du tribunal. Quand il y aura lieu à voyage, ou envoi et retour, l'augmentation sera du double [2].

12. Quand l'assignation est donnée au domicile élu, Pardessus fait une observation importante. « On calcule alors le délai, dit-il, d'après la distance du lieu où siége le tribunal et celle du domicile élu. Néanmoins, cette faveur ne serait accordée au défendeur que s'il s'agissait

[1] Pardessus, tome V, no 1367; — Carré, *Lois de la procédure*, tome III, quest. 1492; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, page 88; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 710; — Favard, tome V, page 713; — Thomine, no 464; — Bioche, vo *Trib. de comm.*, no 182; — Devilleneuve, vo *Trib. de comm.*, no 97, page 660; — Locré, tome IX, page 95; — Teulet, note 21, sous l'art. 442 du Code de procéd.

[2] Cass., 4 juin 1806; — Locré, tome IX, page 90; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1492; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, page 88; — Bioche, no 183; — Pardessus, no 1367.

de conventions commerciales ordinaires, et non pas de lettres de change ou autres effets négociables. Le motif de cette différence est sensible : dans ce premier cas, la convention intervient entre deux personnes qui se connaissent, et qui n'ignorent pas, malgré l'élection de domicile qu'elles ont faite, leur résidence réelle. Dans le second cas, les tiers porteurs ignorent, le plus souvent, ce domicile; ils ne connaissent, pour ainsi dire, que le lieu indiqué. — D'ailleurs, la nature de tels effets, la nécessité de les environner de toutes les garanties, parmi lesquelles entre pour beaucoup la célérité dans les poursuites, exigent qu'on éloigne tout ce qui pourrait y apporter du retard [1]. »

Cependant, s'il est prouvé que le demandeur a connu le domicile réel du défendeur, même en matière de lettres de change, il y a lieu à augmentation du délai [2].

13. Quand le défendeur est domicilié hors de la France, les délais sont réglés par l'art. 73, qui est applicable aux juges commerciaux. Locré, tome IX, page 96, en donne la raison : « Il ne faut jamais perdre de vue cette règle générale, que, dans une législation exceptionnelle, telle qu'est celle du commerce, le législateur renvoie au droit commun toutes les fois qu'il n'y déroge pas formellement. »

L'art. 73 est ainsi conçu :

« Si celui qui est assigné demeure hors de la » France continentale, le délai sera,

» 1° Pour ceux demeurant en Corse, dans » l'île d'Elbe ou de Capraja, en Angleterre et » dans les États limitrophes de la France, de » deux mois;

» 2° Pour ceux demeurant dans les autres » États de l'Europe, de quatre mois;

» 3° Pour ceux demeurant hors d'Europe, » en deçà du cap de Bonne-Espérance, de six » mois;

» 4° Et pour ceux demeurant au delà, d'un » an. »

Cependant, si les défendeurs dont est parlé dans cet article étaient trouvés en France par exploit donné à leur personne, l'ajournement n'emporterait que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y avait lieu, c'est-à-dire s'il était nécessaire aux besoins de la défense de faire venir des pièces. (Art. 74.)

14. On n'est pas soumis à l'observation de ces délais lorsque le défendeur, faisant une élection de domicile en France, est présumé y avoir renoncé. — C'est par application de cette exception que l'on a reconnu aux tribunaux la faculté de faire résulter des circonstances de la cause cette élection de domicile. — Ainsi une simple lettre écrite par un étranger à son correspondant peut être prise comme constituant un domicile élu chez ce correspondant et comme autorisant ou une assignation ou un acte d'appel, relativement au litige auquel le correspondant a reçu mission de défendre [3].

15. Le demandeur a le droit de n'accorder à ses adversaires que les délais qui viennent d'être spécifiés, mais comme ces dispositions sont en général portées dans son intérêt, il pourrait s'en départir et ajourner à des délais plus longs. — De son côté l'assigné peut refuser la concession qui lui est faite : s'il a intérêt à faire promptement vider l'instance, il peut citer à son tour pour une époque plus prochaine. Cela se fait tous les jours dans la pratique, notamment en matière d'opposition aux jugements par défaut. Si l'assignation contenant demande en annulation du défaut porte injonction de comparaître à une audience éloignée, celui qui est fondé en jugement assigne, pour une audience plus rapprochée, en mainlevée de l'opposition.

16. *Abréviation des délais en cas d'urgence.* — Dans certaines instances commerciales, le moindre retard peut être une cause de préjudice : là, les jours, les heures sont en quelque sorte comptés. — Aussi, sous l'empire de l'ancienne législation, le demandeur, en s'appuyant sur l'urgence, avait le droit d'assigner la veille pour le lendemain.

Cependant l'abus de ce droit était trop naturel pour ne pas se manifester : sans que les motifs d'urgence fussent réels, on assignait ainsi à bref délai. Le défendeur se présentait, contestait l'urgence, obtenait des remises, et le temps accordé aux véritables besoins des plaideurs se passait en des discussions préliminaires sans utilité.

Le Code de commerce a réprimé cet abus, mais en même temps il a sauvegardé les intérêts légitimes des justiciables. — Dans toutes matières de commerce, quels que soient leur origine et leurs résultats, l'art. 417 permet l'abréviation des délais; mais il réserve cette appréciation provisoire du titre litigieux à la prudence du président du tribunal.

« Dans les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner, même de jour à jour et d'heure à heure [4]. »

17. *Est-il permis de frapper d'opposition, quand*

---

[1] Cass., 25 prairial an 13 (S.-V., 2, 1, 334; Dalloz, 14, 431); — Paris, 26 fév. 1808, 1er mars 1808 (S.-V., 8, 2, 144); — Paris, 26 nov. 1808 (S.-V., 9, 2, 22; Dalloz, 12, 267). — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1491; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, p. 711; — Thominc. n° 464; — Favard, tome V, page 713.

[2] Bordeaux, 8 mars 1806 (S.-V., 8, 2, 148); — cass., 4 juin 1806 (S.-V., 6, 1. 942); — cass., 4 fév. 1808 (S.-V., 8, 1, 153); — Agen, 6 fév. 1810 (S. V., 14, 2, 493; Dalloz, 14. 500). — Bloche, n° 183, § 3, page 337; — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n°s 99 et 145 à 148.

[3] Rennes, 13 mars 1816. — Bloche, n° 184; — Carré, *Lois de la proc.*, tome III, quest. 1490, page 305.

[4] Pour la partie de cet article relative à la permission de saisir les meubles et effets mobiliers, voir la 2e partie, liv. III, tit. III, chap. III, 2e sect., n° 16, où nous traitons des incidents qui peuvent s'élever devant les tribunaux de commerce.

elles sont par défaut, ou d'appel quand elles sont contradictoires, les ordonnances du président portant permission d'assigner à bref délai?

Ad. Chauveau, sur Carré, *Loi de la proc.*, quest, 1492 *bis*, dit : « Oui, sans contredit. Les » dernières expressions de l'art. 417, qui décla» rent ces ordonnances exécutoires nonobstant » opposition ou appel, ne laissent pas de doute » sur ce point [1]. »

18. Dans tous les cas où des attributions particulières sont accordées au président, en cas d'absence il est remplacé par le juge le plus ancien suivant l'ordre du tableau. C'est un usage constant, appuyé du reste sur l'art. 807 du Code de proc. Quoique l'art. 417 ne parle que du président, il est donc certain qu'il peut être suppléé par le magistrat le plus ancien parmi ceux qui ne sont ni absents ni empêchés.

C'est dans les matières urgentes que ces pouvoirs d'exception sont donnés aux chefs des tribunaux, et il serait déplorable que leur empêchement vînt jeter les justiciables dans un véritable péril.

19. *Dans les assignations données à bref délai, en vertu de l'art. 417, doit-on néanmoins accorder les délais de distance?*

Une distinction est faite. Quand le défendeur est assigné parlant à sa personne, la plupart des commentateurs du Code de procédure dispensent de l'observation de ces délais : ils les maintiennent, au contraire, quand c'est au domicile du défendeur que l'ajournement est remis [2].

Quant à moi, je pense qu'il faut aller plus loin. L'art. 417, dans le système de ces auteurs, n'aurait d'utilité que lorsque le défendeur serait domicilié au lieu où siége le tribunal compétent pour connaître de l'instance. Mais il deviendrait illusoire quand ce défendeur serait domicilié au loin. A quoi bon autoriser l'assignation de jour à jour et d'heure à heure, s'il faut accorder supplémentairement un jour par trois myriamètres, c'est-à-dire quelquefois des semaines entières? La chose a le temps de périr, le demandeur peut être rniné avant que ces délais de distance ne soient accomplis.

Je sais bien qu'il s'agit de déroger aux règles générales en matière d'ajournement; mais cette dérogation n'est point livrée au caprice intéressé des parties : elle a pour contrôle et pour dispensateur le président du tribunal, dont la sagesse avisera et dont l'attention sera d'autant plus éveillée, que le défendeur demeurera plus loin.

Au surplus, cette exception, qui ne pourrait être fondée sur de simples considérations, me paraît clairement contenue dans la permission d'assigner de *jour à jour et d'heure à heure* [3].

20. « Dans les affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées, et dans celles où il s'agit d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile, et autres matières urgentes et provisoires, l'assignation de jour à jour et d'heure à heure pourra être donnée sans ordonnance, et le défaut pourra être jugé sur-le-champ. » (Art. 418.)

Cette disposition s'applique même aux jours de fête.

Les art. 417 et 418 forment deux dispositions distinctes, qui se résument ainsi : — Dans *toutes les affaires*, les délais peuvent être abrégés par l'autorité du juge. — Dans les *affaires maritimes*, la volonté des parties suffit, lorsqu'il existe des circonstances pressantes, dont le juge peut ensuite examiner l'urgence si elle est contestée. Dans ce dernier cas, si le tribunal ne reconnaissait pas qu'il existe cause requérant célérité, il pourrait remettre à statuer jusqu'à l'expiration des délais légaux.

Cependant la question suivante a été soulevée :

21. *L'exception contenue en l'art. 418, s'applique-t-elle seulement aux matières maritimes, ou, au contraire, ces mots*, et autres matières urgentes et provisoires, *peuvent-ils s'appliquer à toutes les affaires de commerce en général?*

Pardessus, après avoir rappelé la disposition de l'art. 418, incline en ces termes vers la dernière solution : « Il en est de même lorsqu'une affaire, quoique non maritime, est urgente et nécessite une décision dont le retard serait nuisible. Le défendeur peut ensuite contester cette urgence, et faire remettre la cause s'il comparait, ou soutenir la nullité du défaut s'il n'est pas comparu ; et alors le tribunal apprécie les motifs du demandeur. » (Tome V, n° 1367, page 67). — Legras, page 19, et Demiau, page 304, embrassent cette opinion. Ce dernier auteur cite les cas provisoires et urgents où il s'agit d'ordonner une vérification à faire, par suite, de certaines marchandises avariées, d'un ballot ou d'une caisse enfoncée, d'une marchandise changée ou non recevable.

Nous ne pouvons admettre cette solution.

D'abord, dans les espèces invoquées par Demiau, les intérêts du demandeur ne périclitent pas, et l'art. 106 du Code de comm. a tracé à ce sujet des règles spéciales : « En cas de refus ou de contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête.

[1] Pigeau, *Comment.*, tome 1er, pages 141 et 412.

Cependant, voir en sens contraire, Aix., 17 mars 1812 (S.-V., 14, 2, 369).

[2] Lepage, *Quest.*, page 276; — Rogue, *Jurisp. cons.*, tome 1er, page 44, n° 4; — Pardessus, tome V, n° 1367; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 188, page 338; — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 103, page 660; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1494.

[3] Chauveau, sur Carré, *ubi supra*

— Le dépôt ou séquestre, et ensuite le transport dans un lieu public, peut en être ordonné. » — Ainsi, au moyen des mesures ordonnées par cet article, les droits de tous sont sauvegardés, l'urgence disparaît et les exemples cités cessent d'avoir une sérieuse influence.

Au surplus, là ne sont point les raisons de décider : il faut les chercher dans le texte et dans l'esprit de la loi.

Le *texte de la loi* est on ne peut plus explicite. C'est en tête de l'art. 418, et en quelque sorte à titre d'épigraphe, que sont placés ces mots : *dans les affaires maritimes*. Ils dominent toute la matière réglée par cette disposition, et il faudrait les rayer pour pouvoir appliquer au commerce terrestre les expressions qui suivent.

L'esprit de la loi défend aussi une pareille interprétation. En effet, en premier lieu, le tribun Perrin, qui a fait au corps législatif le rapport du titre XXV du Code de proc., après avoir fait connaître la faculté accordée au président d'abréger les délais dans les cas qui requièrent célérité, ajoute : « L'assignation de jour à jour, ou d'heure à heure, est encore plus facilitée dans *les affaires maritimes, qui sont urgentes et provisoires*. » (Locré, tome IX, p. 100.) — Ainsi, l'organe du tribunat liait directement les matières urgentes et provisoires aux affaires maritimes, indiquant par là que l'on avait pour but de disposer sur un seul et même sujet.

En deuxième lieu, il ne faut pas oublier que l'art. 418 fait une grave exception aux principes ordinaires en matière d'ajournement. Or, l'exception doit être claire, précise, et ne peut être étendue par analogie hors des limites posées par le législateur.

En troisième lieu, on doit d'autant moins supposer au législateur l'intention de comprendre dans l'art. 418 toutes les matières urgentes et provisoires, que, dans ce système, l'art. 417 deviendrait un non-sens. S'il était permis au demandeur de saisir d'emblée le tribunal, sans observer les délais, à quoi bon autoriser le président du tribunal à accorder une dispense des délais habituels?

En quatrième lieu, on comprend à merveille la distinction faite entre les affaires maritimes et les affaires du commerce terrestre. Dans les contestations qui surgissent de ces dernières opérations, le retard est souvent une cause de préjudice, et cela est sans doute fâcheux. Mais dans les litiges enfantés par les autres, l'urgence est bien plus grande, et le retard bien plus dommageable. Quelques jours, quelques heures de délai peuvent empêcher le navire de partir, entraîner la ruine des armateurs, et peut-être causer la mort de l'équipage [1].

22. *A qui, où, et comment l'ajournement doit être signifié.* — Tous exploits peuvent être signifiés à personne : dans ce cas, on n'avait pas besoin d'entourer la signification de formalités aussi minutieuses que lorsqu'elle est faite à domicile. Il suffisait de veiller à ce que l'officier instrumentaire ne fît pas une fausse déclaration de remise à la personne. Or, le Code pénal répute-rait faux une semblable altération dans l'acte, et la punirait des travaux forcés à perpétuité. (Art. 146.)

Il semble résulter de la discussion au conseil d'État que la remise à personne de l'exploit ne peut être faite dans les lieux publics destinés aux cultes, dans le lieu des séances des autorités constituées, dans l'auditoire des écoles publiques. — Cependant une disposition qui consacrait ces restrictions, proposée par les commissaires-rédacteurs du Code de commerce, fut supprimée [2].

La signification peut être également faite soit au domicile réel, soit au domicile élu, au choix du demandeur, à moins que dans la convention il n'ait été stipulé que l'élection de domicile avait lieu dans l'intérêt exclusif du défendeur.

« Seront assignés..... 8° Ceux qui n'ont pas de domicile connu en France, au lieu de leur résidence actuelle : si le lieu n'est pas connu, l'exploit sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée ; une seconde copie sera donnée au procureur du roi, lequel visera l'original ;

» 9° Ceux qui habitent le territoire français hors du continent, et ceux qui sont établis chez l'étranger, au domicile du procureur du roi près le tribunal où sera portée la demande, lequel visera l'original et enverra la copie, pour les premiers, au ministre de la marine, et pour les seconds, à celui des affaires étrangères. » (Art. 69.)

23. *Ces expressions de l'art. 69, « au domicile du procureur du roi près le tribunal où la demande sera portée, » défendent-elles d'appliquer cette disposition aux tribunaux de commerce?*

Il n'y a pas de procureur du roi près les tribunaux de commerce, et au premier aspect, le texte de la loi semblerait décider cette question par l'affirmative. Mais un examen plus sérieux démontre le contraire et fait apercevoir dans la loi une lacune évidente.

Quand le défendeur n'a point de domicile connu en France, lorsqu'il est domicilié hors du continent ou à l'étranger, il est juste de prescrire, dans son intérêt exclusif, certaines

[1] Boitard, 2, 123, sur l'art. 418 ; — Favard, tome V, p. 713 ; — Roche, v° *Trib. de comm.*, n° 190 ; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1500 et 1493 ; — Hautefeuille, page 230 ; — Valin, *Comment. sur l'ordonn. de la marine*, liv. 1er, tit. 11, art. 2 ; — *le Praticien français*, tome II, page 450 ; — Thomine, n° 463 ; — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 105, page 660 ; — S. Vincens, tome 1er, liv. 11, page 88.

[2] Locré, tome IX, page 70 ; — Pardessus, n° 1364.

formalités à l'aide desquelles la demande pourra arriver jusqu'à lui ; mais ce n'est pas un motif pour interdire, dans ces hypothèses, au demandeur, l'accès de la juridiction commerciale. Or, c'est ce qui arriverait si les §§ 8 et 9 de l'art. 69 étaient déclarés inappliquables.

Dans l'esprit de ces dispositions, le procureur du roi remplit son office auprès du tribunal de commerce comme auprès du tribunal civil ; et, qu'on le remarque, son intervention ici n'altère en rien l'institution consulaire, puisqu'elle ne se mêle pas à son action judiciaire : elle n'a qu'un but, viser l'exploit et l'expédier au pouvoir exécutif, qui ensuite agit pour le mieux dans l'intérêt du défendeur.

La force des choses veut que l'on comprenne ainsi l'art. 69, et d'ailleurs les principes généraux permettent cette interprétation. Domat dit, en effet : « Si dans quelque loi il se trouve une » omission d'une chose qui soit essentielle à la » loi, ou qui soit une suite nécessaire de sa dis- » position, et qui tende à donner à la loi son » entier effet, selon son motif, on peut en ce cas » suppléer à ce qui manque à l'expression, et » étendre la loi à ce qui, étant compris dans son » intention, manquait dans ses termes. » (*Lois civiles*, liv. préliminaire, titre Ier, section 2, article 11.)

24. « Si l'huissier ne trouve au domicile ni la partie, ni aucun de ses parents ou serviteurs, il remettra de suite la copie à un voisin, qui signera l'original ; si ce voisin ne peut ou ne veut signer, l'huissier remettra la copie au maire ou adjoint de la commune, lequel visera l'original sans frais. — L'huissier fera mention du tout, tant sur l'original que sur la copie. » (Art. 68.)

25. « Les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, seront assignées en leur maison sociale ; et s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés. » (Art. 69, § 6.)

Les sociétés formant un être moral, tous ses membres sont valablement assignés en la personne du ou des gérants. Mais si l'on attaquait personnellement plusieurs associés, ou tous autres débiteurs même solidaires, il faudrait les ajourner chacun par copie séparée.

26. « Les faillites sont assignés dans la personne et au domicile de leurs syndics. » (Art. 69, § 7.)

27. L'ordonnance de la marine disait : « Tous les exploits donnés aux *maîtres et mariniers dans le vaisseau, pendant le voyage*, seront valables comme s'ils étaient faits à domicile. » Le Code de procédure, en adoptant la substance de cette disposition, l'a beaucoup étendue. Ce n'est pas seulement *pendant le voyage* et *aux maîtres et mariniers* que l'assignation peut être donnée dans le vaisseau ; l'art. 419 porte : « Toutes assignations données à bord à la personne assignée seront valables. »

28. Cet article paraît aux commentateurs du Code de procédure le développement de l'article qui précède ; et cette faculté d'assigner à bord est suivant eux restreinte aux affaires maritimes urgentes et provisoires [1].

29. Le principe de l'art. 419 est celui-ci : Le domicile dans l'espèce est présumé établi à bord ; par conséquent, il n'est pas nécessaire que le vaisseau soit en voyage ; mais cette disposition ne s'applique qu'aux personnes attachées au vaisseau soit comme employés, soit comme passagers ou autrement [2].

30. L'art. 68 du Code de proc. autorise dans tous les cas et en tous lieux l'assignation à personne : dès lors, l'art. 419 serait complétement inutile s'il était nécessaire à son exécution que l'assignation fût donnée à bord à la personne même. — Aussi l'on décide qu'il suffit à la validité de l'assignation qu'elle soit remise au capitaine ou à tout autre officier du navire [3].

---

[1] Delaporte, tome Ier, page 386 ; — Hautefeuille, page 230 ; — Thomine, n° 466 ; — Valin, sous l'art. 1er, tit. 11, liv. 1er *de l'Ord. de la marine* ; — Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1503 ; — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 107, page 660 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 192, page 339.

[2] Boitard, 2, 123, sur l'art. 419 ; — Carré, sous l'art. 419, page 514 ; — Locré, tome IX, page 70 ; — Devilleneuve, n° 108.

[3] Brux., 18 mai 1815 ; — Caen, 22 janv. 1827 (S.-V., 28, 2, 83). — Rogue, *Jurisp. cons.*, tome 1er, page 142 ; — Valin, *ubi supra* ; — Berriat, tit. *de la Pr. des trib. de comm.*, note 7 (a). — Pardessus, n° 1366 ; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, p. 713 ; — Thomine, n° 466 ; — Boitard, *ubi supra* ; — Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1504 ; — *Ann. du not.*, tome 11, page 498 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 191.

Cependant, en sens contraire, Delaporte, tome 1er, p. 386, — Carré, *ubi supra*.

CHAPITRE II.

Comment la demande est instruite.

SOMMAIRE.

1. Comparution. — *Obligation* pour la partie de comparaître, mais *faculté* de comparaître ou en personne ou par fondé de pouvoir. — Rejet, au corps législatif, de l'obligation qu'on voulait imposer à la partie de comparaître en personne.
2. Renvoi à la 1re partie, liv. Ier, tit. III, chap. Ier, pour ce qui concerne les agréés.
3. Ancien usage qui permettait aux parties, au lieu de comparaître, d'envoyer aux juges un mémoire. — Citation de Demiau.
4. Dans quelle forme doit être donnée la procuration spéciale exigée du mandataire? — Enregistrement. — Légalisation. — Arrêt de la cour de cassation.
5. Dispositions de l'art. 627 du Code de comm.
6. Interdiction pour les avocats de la faculté d'accepter des mandats.
7. Un avoué peut, comme simple particulier, représenter la partie devant le tribunal de commerce, en vertu d'un pouvoir.
8. Les huissiers ne peuvent être fondés de pouvoir. — Difficultés à ce sujet aplanies par la loi du 3 mars 1840. — Citation du rapport de M. Hébert à la chambre des députés.

   Il en serait de même des clercs d'huissiers, qui sont assimilés à leur patron.
9. Même interdiction pour certains magistrats. — Art. 86 du Code de proc.
10. Art. 85 du même Code.
11. L'individu qui consent à plaider sans avoir été assigné peut être valablement condamné. — Arrêt de la cour de Rennes, opinion de Carré.
12. Élection de domicile. — Dispositions de l'art. 422 du Code de proc. — Mesures que doit prendre le président pour assurer l'exécution de cet article.
13. Quel est le but de cette prescription de la loi?
14. Il en ressort : 1° que l'élection de domicile doit être faite *après* la première audience; 2° qu'elle doit être *mentionnée sur le plumitif*.

    En conséquence, l'élection de domicile faite *avant* la première audience, par exemple, dans le pouvoir donné au mandataire, ne remplirait pas la première condition. — Arrêt de la cour de Bordeaux, opinion de Despréaux.

    De même, l'élection faite en dehors du plumitif ne serait pas non plus régulière. — Jurisprudence.
15. Les tiers étrangers au procès ne peuvent revendiquer les effets de cette élection de domicile. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
16. L'élection doit être faite, même lorsque le tribunal de commerce ordonne un sursis et renvoie au tribunal civil la connaissance d'un incident.
17. Elle est inutile si, à la première audience, il intervient un jugement définitif. — Arrêt de la cour de Turin, opinion de Locré.
18. Le greffe n'est pas, à défaut d'élection de domicile, érigé en domicile pour recevoir les significations d'appel. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
19. La signification du jugement faite au greffe, à défaut de domicile élu, fait-elle courir les délais d'appel? Renvoi au chap. IV, 2e sect., n° 3.
20. Formes de l'instruction devant les tribunaux de commerce.
21. Instruction par écrit. — Examen approfondi de la question de savoir si elle peut être ordonnée dans les instances commerciales.
22. Les tribunaux de commerce ont la *faculté* de mettre les affaires en délibéré au rapport d'un de messieurs.

    Dans les faillites, le rapport est nécessaire. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
23. Renvoi au liv. III, chap. III, 2e sect.
24. Déclinatoires. — Incompétence à raison de la personne et du lieu. — Litispendance. — Renvoi pour cause de parenté ou de suspicion légitime. — Incompétence à raison de la matière. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

25 à 29. Même sujet.

30. Mise en cause de garants. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
31. Intervention.
32. Comparution des parties. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

33 à 43. Interrogatoire sur faits et articles. — Examen des questions diverses qui naissent à cette occasion. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

44. Renvois devant arbitres rapporteurs. — Expertises. Jurisprudence, opinion des auteurs.

45 à 51. Enquêtes. — Preuve testimoniale. — Examen des questions qui naissent à cette occasion. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

52. Sauf-conduit. — Texte de la circulaire du 8 septembre 1807 du grand juge, ministre de la justice.
53. Dénégations d'écritures. — Inscriptions de faux.

54 à 58. Apport et communication des livres.

59. Parères. — Actes de notoriété.

60 à 62. Serment.

63. Présomptions graves, précises et concordantes. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
64. Récusation prise à partie.
65. Résumé des pouvoirs des tribunaux de commerce en matière des actes d'instruction.
66. Plaidoiries, huis clos.

Comparution. — La loi, après avoir interdit le ministère des avoués devant les tribunaux de commerce, a dû s'occuper des formes de comparution de la partie. L'art. 421 dit : « Les parties sont tenues de comparaître en personne, ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale. » Elles se présentent sans sommation, et par le seul effet de l'ajournement.

Ainsi pour les parties, *obligation* de comparaître; mais *faculté* de comparaître en personne ou de se choisir un représentant.

Dans le projet primitif du Code de procédure on avait fait à la partie injonction expresse de la comparution en personne, et on lui interdisait de confier à des défenseurs officieux (à des avocats) la défense de ses droits.

Quand la discussion fut engagée sur cette interdiction, le ministre de la justice déclara qu'en réduisant les plaideurs à se défendre eux-mêmes, on établirait une chance trop inégale entre l'homme éloquent et celui qui n'a pas l'habitude de la parole. Les cours s'élevèrent aussi contre cette innovation, qui fut repoussée.

Dès lors on maintint que les parties pouvaient, d'une part, élire un mandataire, chargé de comparaître en leur nom; et, d'autre part, confier à des jurisconsultes la défense de leurs intérêts.

2. Dans la 1re partie, livre Ier, titre III, chap. 1er, nous avons examiné toutes les questions relatives à l'exercice de la profession d'agréé : pour éviter les redites, nous renvoyons à ce passage. Cependant il reste à faire quelques observations sur les personnes, autres que les agréés, qui peuvent être appelées à représenter ces parties.

3. Demiau fait une remarque qui mérite d'être reproduite : « Autrefois, dit-il page 305, on permettait aux parties d'envoyer un mémoire pour leur défense, sans comparaître, ni faire comparaître personne pour elles; mais on était revenu de cet abus, à moins que le mémoire ne fût remis par un parent, un ami, ou un autre mandataire spécial chargé de représenter la partie qui était dans l'impuissance de se rendre. Peut-on le permettre aujourd'hui? Je ne le pense pas; les dispositions de l'art. 414 semblent s'y opposer formellement : cependant il peut se rencontrer telle circonstance qui permettra de s'en écarter : c'est au juge d'en décider. » — Ceci est fort juste, seulement c'est l'art. 421, plutôt que l'art. 414, qui contient l'interdiction.

4. *Dans quelle forme doit être donnée la procuration spéciale exigée du mandataire? Doit-elle être enregistrée et légalisée?*

La procuration peut être donnée, soit au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, soit par acte séparé, rédigé en forme authentique ou sous seing privé. — Une lettre missive suffirait même si elle constatait suffisamment le pouvoir.

Comme on ne peut s'appuyer en justice que sur des pièces enregistrées, l'enregistrement du pouvoir est nécessaire, et il doit être mis à la charge de la partie qui succombe [1].

Le tribunal de commerce devant lequel le pouvoir est produit est le juge souverain de sa régularité : il peut exiger que l'identité de la signature de la partie soit attestée par une légalisation; comme aussi, quand le mandataire lui offre toutes garanties, il a le droit de dispenser de cette légalisation.

5. Si la partie est présente à l'audience et assiste son mandataire, le pouvoir devient superflu, puisqu'il existe alors comparution en personne. L'art. 627 du Code de comm., qui reproduit les dispositions du Code de procédure, dit : « Le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce, conformément à l'art. 414, du Code de proc. civ. » Nul ne pourra plaider devant ces tribunaux si la partie présente à l'audience ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. — Ce pouvoir, qui pourra être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, sera exhibé au greffier avant l'appel de la cause, et par lui visé sans frais. »

6. Les règlements particuliers de leur profession défendent aux avocats d'accepter des mandats : en représentant les parties devant le tribunal de commerce, en vertu de procurations personnelles et spéciales, les membres du barreau s'exposent donc à des peines disciplinaires; mais quant aux parties, la procuration à eux donnée est cependant valable.

7. Quand l'art. 414 interdit le ministère des avoués devant les tribunaux de commerce, c'est seulement en tant qu'ils agiraient en leur qualité d'officiers ministériels; mais il est bien évident que quand on fait appel à leurs bons offices en leur qualité de simples particuliers, on ne viole pas les prescriptions de la loi.

8. *Les huissiers ont-ils, de même que tous les autres individus, le droit de représenter les parties?*

Un arrêté des consuls, du 18 thermidor an 2, disait : « Il y a incompatibilité entre les fonctions d'huissier et celles de *défenseur officieux*; nul ne pourra les exercer concurremment. Un

[1] Cass., 5 nov. 1835.

arrêt de la cour d'Amiens, du 24 juillet 1833 (S.-V., 34, 2, 89), avait décidé que cet arrêté interdisait aux huissiers le droit de représenter les parties devant les tribunaux de commerce : un autre arrêt de la cour de Riom, du 2 avril 1830, avait jugé de même (S.-V., 33, 2, 586). Cependant un arrêt de la cour de Bourges (S.-V., 26, 2, 64), avait décidé le contraire.—La loi nouvelle a fait cesser cette dissidence : elle a compris que comme les huissiers peuvent être appelés à instrumenter pour les parties, il était utile de proscrire leur intervention. C'est ce qu'a fait l'art. 4 de la loi du 3 mars 1840, en ces termes : « A l'art. 627 du Code de comm. sera ajoutée la disposition qui suit : Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra assister comme conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de 25 à 50 fr., qui sera prononcée sans appel par le tribunal, sans préjudice des peines disciplinaires contre les huissiers contrevenants. Cette disposition n'est pas applicable aux huissiers qui se trouveront dans l'un des cas prévus par l'article 86 du Code de proc. civ. »

Dans le rapport présenté à la chambre des députés, le 27 juin 1839, M. Hébert expliquait ainsi les motifs qui avaient déterminé la commission à proposer cette disposition :

« Convient-il que le même officier ministériel puisse conseiller un procès, introduire l'instance en signifiant l'exploit de demande, représenter la partie à l'audience, et, après avoir obtenu le jugement de condamnation, en poursuivre l'exécution par les actes rigoureux de la saisie et de la vente judiciaire ?

» Indépendamment de la confusion que le cumul de pareilles fonctions introduit dans des professions essentiellement distinctes, ne peut-on pas craindre que le double rôle exercé par ces officiers ministériels ait de graves inconvénients dans l'administration de la justice consulaire ? Il est à désirer que les parties abordent le tribunal non-seulement avec une entière bonne foi, mais aussi avec le désir de la conciliation. Ces tribunaux paternels remplissent leur noble mission lorsqu'ils concilient, aussi bien que lorsqu'ils jugent. Il est à craindre que les huissiers, dirigés par leur intérêt personnel, ne paralysent les efforts des magistrats, et que leur intervention dans la défense ne soit un obstacle aux arrangements amiables.

» Un arrêté consulaire du 18 thermidor an 11 (6 août 1803) a déclaré l'incompatibilité entre les fonctions d'huissier et celles de défenseur officieux, et a fait défense de les exercer concurremment.

» L'art. 39 du décret du 14 juin 1813 enjoint aux huissiers de se renfermer dans les bornes de leur ministère, sous les peines portées par l'article 132 du Code de proc. civ.

» Une circulaire ministérielle du 8 janvier 1822 a recommandé à tous les procureurs généraux de faire observer cette incompatibilité devant les tribunaux de paix et de commerce de leur ressort.

» Deux arrêts rendus par les cours royales de Riom et d'Amiens, les 2 avril 1830 et 24 juillet 1833, ont appliqué cette règle d'incompatibilité.

» Cependant plusieurs tribunaux hésitent encore, et paraissent croire que le Code de commerce promulgué en 1807, n'ayant pas renouvelé la prohibition portée dans les arrêts et décrets de 1803 et 1813, contient, dans son art. 627, une disposition générale qui a rétabli les huissiers dans la faculté de plaider pour les parties devant les tribunaux de commerce. Il importe de faire cesser toute incertitude sur ce point par une disposition expresse.

» Déjà vous l'avez admise pour les justices de paix : l'art. 28 de la loi du 25 mai 1838 dispose que, dans les causes portées devant ces tribunaux, aucun huissier ne pourra assister comme conseil, ni représenter les parties comme procureur fondé, à peine d'une amende de 25 à 50 francs.

» Les motifs sont les mêmes pour les tribunaux de commerce. »

La jurisprudence ayant, dans toutes les espèces, assimilé les clercs à leurs patrons, nous pensons que cette prohibition s'applique aux clercs d'huissier.

9. Dans l'intérêt de la dignité et de l'indépendance de la magistrature, l'art. 86, auquel la loi de 1840 se réfère, fait aussi défense à certains magistrats de défendre les parties verbalement ou par écrit.

Faure, exprimant le vœu du tribunat, disait, « Le Code n'exclut point les affaires portées à des » tribunaux autres que ceux près desquels les » magistrats sont en activité ; son motif est fondé » sur le danger de l'influence. » (Page 23.)

Voici le texte de l'art. 86 : « Les parties ne pourront charger de leur défense, soit verbale, soit par écrit, même à titre de consultation, les juges en activité de service, procureurs généraux, avocats généraux, procureurs du roi, substituts des procureurs généraux et du roi, même dans les tribunaux autres que ceux près desquels ils exercent leurs fonctions ; pourront néanmoins les juges, procureurs généraux, avocats généraux, procureurs du roi et substituts des procureurs généraux et du roi, plaider dans tous les tribunaux leurs causes personnelles et celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe et de leurs pupilles. »

10. « Pourront les parties, assistées de leurs avoués, se défendre elles-mêmes : le tribunal cependant aura la faculté de leur interdire ce droit, s'il reconnaît que la passion ou l'inexpérience les empêchent de discuter leur cause avec la décence convenable, ou la clarté nécessaire pour l'instruction des juges. » (Art. 85.)

11. Un tribunal de commerce peut admettre à plaider un individu qui se présente devant lui quoiqu'il n'ayant pas été assigné, et il peut prononcer des condamnations contre lui, s'il a défendu au fond, sans exciper du défaut d'assignation légale [1].

12. *Élection de domicile.* — Les affaires commerciales devant être promptement jugées, en général la première audience les voit naître et mourir. — Cependant lorsque des difficultés sérieuses s'élèvent, il devient nécessaire d'ordonner des moyens d'instruction et des débats qui retardent la solution définitive.

L'art. 422 a prévu ce cas : « Si les parties comparaissent et qu'à la première audience il n'intervienne pas jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siége le tribunal seront tenues d'y faire élection d'un domicile. »

Pour assurer l'exécution de cette disposition, il convient qu'avant de lever l'audience, le président fasse appeler toutes les causes dont les assignations sont échues à ce jour, et qui n'auraient pu recevoir jugement ; qu'il en prononce le renvoi à la prochaine audience, en enjoignant aux parties de faire l'élection de domicile exigée par la loi. Mais, comme elle ne pourrait être faite si la partie ne se présentait pas en personne, cette partie doit avoir l'attention de donner à son mandataire le pouvoir d'accomplir ce devoir.

« L'élection de domicile doit être mentionnée sur le plumitif de l'audience ; à défaut de cette élection, toute signification, même celle du jugement définitif, sera valablement faite au greffe du tribunal. » (Art. 422, § 2.)

13. Le but de cette prescription est d'activer le jugement de la cause en permettant de faire au domicile élu toutes les significations nécessaires à son instruction, sans qu'il soit nécessaire d'accorder au défendeur les délais de distance que comporte son domicile réel.

14. Il résulte des termes de la loi : — 1° que l'élection de domicile doit être faite *après* la première audience ; — 2° qu'elle doit être *mentionnée sur le plumitif* de l'audience.

Par suite de cette première condition, on a décidé que l'élection de domicile qui serait faite dans le pouvoir donné au mandataire chargé de comparaître pour la partie, et chez ce mandataire, étant faite avant la première audience, ne satisferait pas au vœu de l'art. 442 ; qu'en conséquence, la notification d'une liste de témoins à entendre dans une enquête ordonnée serait valablement faite au greffe du tribunal de commerce [2].

De la seconde condition on a déduit les conséquences suivantes : comme c'est le plumitif seul que les parties doivent consulter pour connaître le domicile élu par leurs adversaires, les élections qui auraient été faites postérieurement dans des significations extrajudiciaires, par exemple dans des oppositions à des jugements par défaut, ne seraient pas non plus régulières si elles n'étaient mentionnées au plumitif, et permettraient aussi les significations au greffe [3].

15. Les effets de l'élection de domicile, faite en vertu de l'art. 422, ou de celle qui en résulte de droit, à défaut par les parties de s'y être conformées, sont limités aux parties engagées dans la cause, et ne peuvent être revendiqués par des tiers. Ainsi, le tiers qui voudrait intervenir dans une instance commerciale non jugée à la première audience, devrait notifier son intervention au domicile réel des parties et non au domicile élu conformément à l'article précité [4].

16. L'art. 422 doit être appliqué même lorsque le tribunal de commerce, par suite d'un incident dont le tribunal civil peut seul connaître, prononce le renvoi à ce tribunal et ordonne un sursis. — Dans cette espèce, en effet, il n'intervient pas de jugement définitif et l'instance demeure liée devant la juridiction commerciale.

17. L'élection de domicile n'est prescrite que pour le cas où, à la première audience, il n'intervient pas un jugement définitif. En conséquence, si ce jugement définitif est rendu, l'élection n'est point nécessaire et le jugement doit être signifié au domicile réel de la partie contre laquelle il a été porté [5].

18. Ainsi que nous l'avons expliqué, l'élection de domicile est ordonnée par l'art. 422 pour accélérer la marche de la procédure et pour que le litige reçoive sans retard sa solution définitive. Mais une fois le jugement définitif rendu, et sa signification faite au greffe, le droit exceptionnel cesse d'être applicable et les parties retombent sous l'empire du droit commun. Par conséquent, le greffe qui avait été érigé en domicile régulier pour recevoir les significations relatives à la première instance ne serait plus investi du droit de recevoir un exploit d'appel formé contre le jugement définitif [6].

19. Mais la signification de jugement définitif étant valablement faite au greffe du tribunal, à

[1] Rennes, 11 juill. 1840 (cité par Carré, tome III, p. 527, en note).
[2] Bordeaux, 26 fév. 1830.—Despréaux, n° 216.
[3] Poitiers, 28 nov. 1822 ; — cass., 9 fév. 1836 (S.-V., 36, 1, 827).
[4] Brux., 9 mai 1810.—Pardessus, n° 1368 ; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1517 ; — *Ann. du not.*, tome II, page 506 ; —Denevers, de 1810, supp., page 119 ; —Bloche, v° *Trib. de comm.*, n° 206.
[5] Turin, 9 avril 1811.—Locré, tome II, page 171.
[6] Cass., 2 mars 1814 (S.-V., 14, 1, 119) ; — Rennes, 29 août 1840 (S.-V., 40, 2, 504).—Pardessus, n° 1368 ; —Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1517 *bis* ; —E. Cadrès, tit. III, page 60.

défaut d'élection de domicile, cette signification a-t-elle la puissance de faire courir les délais de l'appel? *Voy.* la solution de cette question au chap. 4, 2e section, n° 6, dans lequel nous traitons de l'appel des jugements des tribunaux de commerce.

20. Nous arrivons maintenant aux formes que l'instruction doit revêtir devant les tribunaux de commerce.

21. *Instruction par écrit. — Les juges peuvent-ils, dans les instances commerciales, ordonner une instruction par écrit?*

Devant les tribunaux de première instance, la plaidoirie n'est pas le seul élément dans lequel les magistrats puisent leur conviction. Avant les débats de l'audience, des requêtes énonçant les moyens de la demande et de la défense sont respectivement signifiées, et les conclusions sont jointes à un *placet* qui passe sous les yeux du tribunal.

D'un autre côté, lorsque l'affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur la plaidoirie, le tribunal peut ordonner qu'elle sera instruite par écrit pour être ensuite rapportée par l'un des juges nommé par le jugement. (Art. 95, Code de proc.) Cela s'exécute sans difficulté, car les parties sont nécessairement assistées d'un officier ministériel, d'un avoué, qui est en mesure de discuter l'affaire par écrit.

Mais on sait que devant les tribunaux de commerce, il n'existe point d'officiers ministériels; que la procédure liée par les parties, ou par leurs mandataires, est essentiellement sommaire. — Il résulte de ces principes que les parties ne peuvent se signifier respectivement des écritures. Ici point de requêtes dont les rôles effrayants surchargent les justiciables de frais ruineux. Le tribunal n'admet que les conclusions prises à sa barre et annexées au plumitif, et *toute demande* est, devant lui, formée par un exploit d'ajournement. — Ce serait frustratoirement que des conclusions seraient signifiées par exploit extrajudiciaire. — En procédure commerciale, les art. 77 et 78, Code de proc., ne peuvent donc recevoir leur application.

Sous ce premier rapport, les parties sont sans droit pour former de leur propre mouvement une instruction par écrit.

D'autre part, les juges consulaires, qui ne peuvent faire usage de l'art. 95, sont liés par une interdiction semblable. C'est précisément parce que les parties sont libres de défendre elles-mêmes leurs intérêts et de comparaître isolées et sans défenseurs, que l'on ne saurait sans inconvénient prescrire une mesure souvent inexécutable. Pour un commerçant convaincu de son bon droit, l'expliquer de vive voix est chose facile, pour cela il ne lui faut ni instruction, ni science de droit : il connaît les faits et les usages, et cela lui suffit; mais pour défendre par écrit, il faut plus que bien savoir les circonstances du procès et les pratiques commerciales : il faut souvent être doué d'intelligence et d'instruction. Or, comme cela peut manquer à l'un et avoir été acquis par l'autre, la partie ne serait pas égale; ces seuls mots : *La procédure se fait sans le ministère d'avoué*, indiquant que la procédure est sommaire, suffisent pour interdire aux juges consulaires la faculté d'ordonner que l'affaire sera instruite par écrit.

Cela résulte au surplus de la discussion du Code de commerce au corps législatif. — L'orateur du tribunat, Perrin, disait : « Les conventions de commerce sont presque toutes circonscrites dans des règles simples, faciles à connaître, et qui toutes supposent la bonne foi, qui doit en être la base. C'est donc à ce principe fondamental qu'il est nécessaire de tout rapporter; et, dans les affaires de commerce, la vérité une fois connue, il est rare que leur décision offre encore de véritables difficultés. Il est heureux sans doute que cette facilité dans leur examen vienne concorder avec le besoin, presque toujours vivement senti, d'une prompte décision. » (*Vœu du tribunat*, page 95.)

A son tour, l'orateur du conseil d'État, Treilhard, proclamait ces principes : « Ici, disait-il dans son *Exposé des motifs*, tout est simple, tout est rapide; point d'avoués, il ne faut point d'intermédiaires entre le commerçant qui plaide et le commerçant qui prononce sur une affaire de son état; tout doit être, tout est sommaire; l'équité, la bonne foi sont la base de tous les jugements; il serait fort à désirer que les parties pussent toujours être entendues contradictoirement et en personne. » (*Exposé des motifs du titre XXV*, page 63.)

Ainsi, sous ce point de vue, il est exact de dire que la juridiction consulaire ne comporte point d'instruction par écrit [1].

Mais il ne faut pas cependant prendre cette règle dans un sens trop absolu. Dans presque toutes les affaires graves et compliquées, des écritures, non signifiées il est vrai, sont soumises au tribunal.—Ainsi, après les plaidoiries et pour les compléter, les parties peuvent fournir à leurs frais des notes et mémoires; — ainsi, quand il faut examiner des comptes, pièces et registres, le tribunal peut désigner un ou trois arbitres, chargés de concilier les parties ou de donner leur avis; — s'il y a lieu à visite ou à estimation d'ouvrages ou marchandises, il a le droit de nommer un ou trois experts (art. 429). Les avis de ces rapporteurs ou experts sont déposés par écrit, clos et cachetés au greffe du tribunal de commerce (art. 431) [2];— Ainsi encore, quand un interrogatoire sur faits

[1] Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1488; — Locré, tome IX, pages 106 et 130;—Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 139.

[2] « Quelques-uns prétendent qu'il est libre à celui qui est chargé d'examiner une affaire, d'en faire le rapport

et articles est prescrit, le juge commis pour y procéder dresse par écrit un procès-verbal des réponses qui lui sont faites ; — de même, quand une enquête est ordonnée dans une cause sujette à l'appel, le greffier doit rédiger par écrit les dépositions des témoins et les leur faire signer (art. 432).

Dans toutes ces espèces et dans beaucoup d'autres, une instruction par écrit intervient et trouve son principe dans la loi elle-même.

22. *Les tribunaux de commerce ont-ils la faculté de mettre les affaires en délibéré au rapport d'un de messieurs ? Comment le rapport doit-il être fait ?*

Les affaires sommaires en matière ordinaire ne présentent pas en général de sérieuses difficultés ; aussi elles sont presque toujours jugées séance tenante, sur un simple acte, sans autres procédures ni formalités. Il paraît ressortir de ces termes de l'art. 405 qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un rapport.

Les affaires commerciales compliquées de détails et de chiffres, entourées d'une volumineuse correspondance, obscurcies par des assertions contradictoires, sont au contraire souvent d'une excessive gravité : les magistrats doivent rechercher la vérité des faits dans des allégations et dans des pièces contradictoires ; il est difficile que les plaidoiries suffisent à leur examen, et ils ont besoin de le compléter dans le silence du cabinet afin de saisir l'affinité et l'ensemble des documents produits. Pour rendre bonne justice, ils ordonnent alors le dépôt des pièces sur le bureau, se retirent en chambre du conseil, délibèrent, étudient en commun et statuent soit à la même audience, soit à celle qu'ils indiquent.

Dans certains cas, il faut une instruction plus laborieuse encore. Par exemple, est-il nécessaire de mettre les parties en présence, de les presser de questions que la publicité de l'audience ne comporterait pas ; faut-il suivre la trace de nombreuses opérations dans une longue comptabilité ; alors un juge délégué fait son rapport en chambre du conseil, il explique à ses collègues les impressions qu'il a reçues, il dévoile les découvertes qu'il a faites et le tribunal délibère et juge avec lui. — Mais tout cela se passe officieusement, il n'en reste pas de trace ; il est bien évident que puisque rien ne constate ces mesures, elles ne peuvent donner ouverture à des querelles de la part des plaideurs.

Enfin, il arrive quelquefois, mais plus rarement, que les litiges sont d'une nature telle que, soit dans l'intérêt de la morale publique, soit dans tout autre but, il devient utile de charger un de messieurs de faire un rapport officiel sur les circonstances de la cause. Le tribunal peut-il ordonner cette mesure ? Si les termes rigoureux de l'art. 405 ne permettent pas de l'admettre dans les matières sommaires proprement dites, nous ne trouvons rien dans le titre XXV, qui régit la procédure devant les tribunaux, qui s'y oppose dans l'espèce. Or, comme ce qui n'est pas défendu est permis, comme il serait fâcheux d'interdire aux tribunaux les moyens de découvrir la vérité, l'interdiction ne doit pas être étendue d'un cas à un autre.

Dans ce cas, le rapport est fait à l'audience, verbalement, et le juge, qui se borne à résumer la situation, n'y énonce pas son opinion personnelle. (Art. 111, Code de proc.)

Qu'on ne l'oublie pas, en matière de faillite, les contestations ne peuvent être vidées qu'après que le juge-commissaire en a fait un rapport à l'audience. (452, Code de comm.) [1].

23. Dans le livre précédent, en traitant de la compétence des tribunaux de commerce, nous avons recherché les divers éléments de l'instruction sur lesquels leur juridiction pouvait s'exercer (livre III, chap. III, 2e section). C'est ici le moment d'esquisser à grands traits les formes particulières qui devront être suivies relativement à chacun de ces incidents.

24. *Déclinatoire.* — Devant les tribunaux de commerce, comme devant tous autres tribunaux, le défendeur, et quelquefois le demandeur, peuvent décliner la compétence du juge saisi et proposer l'exception de renvoi. — Le déclinatoire peut être soulevé pour quatre causes différentes :

1° *Incompétence à raison de la personne et du lieu.* — La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, peut demander son renvoi devant les juges compétents (art. 168, Code de proc.)

Elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses (169). — Le déclinatoire, pour toute autre cause (que celle d'incompétence à raison de la matière), ne pourra être proposé que préalablement à toute autre défense (art. 424, § 2).

2° *Litispendance.* — S'il a été formé précédemment en un autre tribunal une demande pour le même objet, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné (art. 170). — Si les deux contestations connexes ou reposant sur le même objet, au lieu

verbalement ou par écrit. L'usage constant de la juridiction consulaire de Paris est d'exiger que les rapports soient déposés à leur greffe, clos et cachetés. » (Nicodème, *Exercice des comm.*, 1re partie, page 46.)

[1] Cass., 5 juin 1839. — Carré, *Lois de la proc.*, tome III, quest. 1488, page 504 ; — Pardessus, tome V, n° 1378 ; — Favard, tome V, page 117, n° 4 ; — Locré, tome IX, page 100 ; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, n° 6, page 90 ; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, tome V, n° 243, page 346 ; — Boncenne, *Théorie de la proc.*, tome II, page 231 ; — Berriat, titre *de la Vérification des écritures*, note 2 ; — Demiau, page 88 ; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 254.

d'être pendantes en deux tribunaux différents, étaient seulement portées devant deux sections du même tribunal, il y aurait lieu, non à renvoi, mais à jonction.

Si les deux tribunaux refusaient de reconnaître la litispendance et de se dessaisir, il y aurait lieu à règlement de juges : cependant, si ces tribunaux étaient placés dans le ressort de la même cour royale, un appel suffirait pour vider la difficulté.

Cette cause d'incompétence, comme celle tirée de la personne ou du lieu, doit être proposée *in limine litis*.

3° *Renvoi pour cause de parenté, de suspicion légitime*, etc. — Le renvoi d'un tribunal compétemment saisi à un autre tribunal peut être demandé : 1° Pour cause de parenté ou alliance de l'une des parties avec quelques-uns des juges; — 2° pour insuffisance du nombre des juges; — 3° pour suspicion légitime ; — 4° pour cause de sûreté publique. — Ce droit est accordé aux parties devant la juridiction commerciale comme devant toute autre juridiction [1].

La parenté n'est une cause de renvoi que lorsqu'elle existe entre les parties et les *juges* ; le mot *juge* de l'art. 368 ne s'applique pas aux *juges suppléants* [2].

Le renvoi pour cause d'insuffisance des juges doit être prononcé quand, par suite de décès ou autre empêchement légitime, tel que maladie ou récusation, le tribunal est privé du nombre de juges nécessaire pour statuer. (Berriat, titre *des Renvois*, § 2.)

La suspicion légitime, quoiqu'elle ne soit pas énoncée dans le Code de procédure, peut être admise comme motif de renvoi en matière civile et commerciale [3].

Quand il y a lieu de craindre que la tranquillité publique ne soit troublée à l'occasion d'un procès devant le tribunal naturellement compétent, le renvoi peut être ordonné.

La loi du 27 ventôse an 8 chargeait la première section de la cour de cassation de connaître de toute demande en renvoi. — Les art. 368 à 377 du Code de proc. ont dérogé à cette disposition, du moins en ce qui concerne les demandes pour cause de parenté. Quand c'est l'insuffisance des juges qui motive la demande, on s'adresse à la cour royale ; — quand c'est la suspicion ou la sûreté publique, la cour de cassation est saisie, dans le premier cas à la requête des parties, dans le second cas à la réquisition du procureur général [4].

La demande en renvoi, étant un véritable déclinatoire, paraît au premier aspect devoir être proposée, ainsi que le veut l'art. 169, avant toute autre exception et défense : cependant, comme la partie a pu dans l'origine en ignorer les causes, l'art. 369 lui donne jusqu'au moment du commencement des plaidoiries, et, si l'affaire est en rapport, jusqu'au moment où l'instruction sera achevée.

Les parties présentes à l'instance ont seules le droit de demander le renvoi : il ne saurait être provoqué par des tiers, alors même qu'ils auraient intérêt au résultat de la contestation [5].

« Celui qui succombe dans cette demande doit toujours être condamné à telle amende qu'il plaira au tribunal, laquelle ne pourra être moindre de 50 fr., sans préjudice de l'action du juge, qui ne pourra y statuer en dommages-intérêts. » (Art. 374.)

« L'appel de jugement qui rejette la demande sera formé, à peine de déchéance, dans les *cinq jours*, par acte au greffe. » (Art. 377 et 392.) — « Cet appel est suspensif. » (Art. 376).

Pour la forme et l'instruction de la demande en renvoi, on peut consulter les art. 370 à 377.

4° *Incompétence à raison de la matière*. — « Si le tribunal est incompétent à raison de la matière, le renvoi pourra être demandé en tout état de cause, et si le renvoi n'est pas demandé, le tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit. » (Art. 170.) — « Si le tribunal de commerce est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties, encore que le déclinatoire n'ait point été proposé. » (Art. 424, § 1er.)

Ce principe incontestable a pour raison fondamentale cette règle que le silence de la partie ne peut donner juridiction à celui qui ne l'a pas. Cette règle est même si essentielle que l'auteur de la procédure vicieuse peut lui-même en exciper.

Dans les chapitres 1 à 3, 2e partie, livre III, nous avons recherché les principes généraux de la compétence en matière commerciale. Ici nous n'avons plus qu'à faire connaître certains cas particuliers qui complètent par la jurisprudence l'explication du système de la loi.

La partie qui a incompétemment assigné, est recevable, même après jugement et par appel, à décliner la compétence du tribunal par lui saisi [6].

25. « Le même jugement pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par

[1] Carré, *Lois de la pr.*, quest. 1338 ;— A. Dalloz, tome II, page 586, n° 4 ; — Lepage, *Questions*, page 249 ; — Thomine, n° 422 ;— Chauveau, sur Carré, *ubi supra* ;— Bioche, v° *Renvoi (demande en)*, n° 3.

[2] Cass., 22 août 1822 (S.-V., 23, 1, 66) ;— Demiau, art. 368 ; — *Praticien français*, tome II, page 365.

[3] Cass., 24 therm. an 9 (Merlin, *ubi infra*) ; — cass., 21 mars 1821 ;— Carré, *Lois de la comp.*, n° 201 ; — Berriat, titre *des Renvois*, § 3 :— Dalloz, tome II ;— Merlin, *Répert.*, v° *Récusation*, art. 8, § 4 ;— Bioche, nos 48 à 53.

[4] Cass., 21 mars 1821.— Pigeau, *Comm.*, tome 1er, p. 640 ; Carré, *Compétence*, tome II, page 204 ;— Bioche, n° 63.

En sens contraire : cass., 29 juill. 1807.— Thomine, n° 430, *in fine*.

[5] Cass., 15 oct. 1807 (S.-V., 7, 2, 1181).

[6] Cass., 23 juill. 1807 (S.-V., 7, 2, 257) ; — Nancy, 15 mars 1842 (S.-V., 42, 2, 480).

deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond. » (Art. 425.) — Cet article est rédigé en termes généraux et il importe peu pour qu'il soit applicable que le jugement soit rendu en dernier ressort, ou soit susceptible d'appel [1].

Cette disposition n'autorise pas le tribunal de commerce *à joindre* le déclinatoire au fond et à ordonner une preuve en vérification, qui porterait à la fois sur l'un et sur l'autre... Tel est le cas où la preuve ordonnée de l'existence d'une société devrait servir à fonder la compétence du tribunal du lieu où cette société est établie, et, par une conséquence nécessaire, la qualité d'associé solidaire de celui contre qui la demande est formée [2].

26. De ce que l'incompétence à raison de la personne doit être proposée avant toute exception et défense, il ne s'ensuit pas que le défendeur, après avoir vu son moyen d'incompétence rejeté, ne puisse défendre subsidiairement au fond, sans rendre son appel non recevable. Toutefois, pour que l'on ne puisse voir, dans le développement de ses moyens du fond, un acquiescement au jugement relatif à la compétence, il doit faire toutes protestations et réserves de se pourvoir contre ledit jugement. Cela est la conséquence nécessaire de la disposition de l'art. 425, qui, autorisant les juges à statuer en même temps sur le déclinatoire et sur le fond, expose le défendeur à un défaut et le place dans une situation contrainte et forcée [3].

Un arrêt de la cour de Poitiers du 11 janvier 1837, a décidé que l'incompétence à raison de la matière pouvait être couverte par des plaidoiries au fond et par un acquiescement tacite à un précédent jugement rendu sur une question de compétence. — Cette solution est juste; quand on dit que l'incompétence matérielle peut être proposée en tout état de cause, cela doit s'entendre du cas où déjà le jugement n'est pas exécuté : or, dans l'espèce, le jugement est plus qu'exécuté; l'acquiescement la rendra inattaquable.

Une inscription de faux formée contre des pièces produites au cours d'une instance commerciale, quoiqu'elle ne puisse être jugée par le tribunal de commerce, n'en est pas moins une défense au fond, fournie devant ce tribunal, et qui couvre l'incompétence *ratione personæ*, laquelle doit être proposée avant toute autre exception [4].

28. L'appel formé contre un jugement du tribunal de commerce qui rejette un déclinatoire, ne suspend pas l'exécution de ce jugement et n'interdit pas aux juges de passer outre à l'examen du fond [5].

29. Le déclinatoire fondé, même sur l'incompétence personnelle peut être proposé : 1° sur l'opposition au jugement rendu par défaut [6];

2° Sur l'appel de ce jugement à l'égard duquel on aurait laissé passer les délais de l'opposition.

30. *Mise en cause de garants.* — « Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour pour trois myriamètres. — S'il y a plusieurs garants intéressés en la même garantie, il n'y aura qu'un seul délai pour tous, qui sera réglé selon la distance de la demeure du garant le plus éloigné. » (Art. 175.)

« Si le garant prétend avoir le droit d'en appeler un autre en sous-garantie, il sera tenu de le faire dans le délai ci-dessus, à compter du jour de la demande en garantie formée contre lui, ce qui sera successivement observé à l'égard de son garant ultérieur. » (Art. 176.)

« Il n'y aura pas d'autre délai pour appeler garant, en quelque matière que ce soit, sous prétexte de minorité ou pour autre cause privilégiée; sauf à poursuivre les garants, mais sans que le jugement de la demande principale en soit retardé. » (Art. 178.)

« Si le demandeur originaire soutient qu'il n'y a lieu au délai pour appeler garant, l'incident sera jugé sommairement. » (Art. 180.)

« Les exceptions dilatoires seront proposées conjointement et avant toute défense au fond. » (Art. 186.)

La mise en cause de garants est-elle un obstacle à ce que l'exception d'incompétence à raison de la personne soit ensuite opposée par celui qui appelle garants?

Pour la négative, on dit : — Que mettre en cause un garant, c'est une mesure de précaution pour l'hypothèse où l'exception d'incompétence ne serait pas accueillie; — que, dans le cas d'appel en garantie, il y a deux instances distinctes, et que le demandeur originaire, n'ayant aucuns liens avec l'appelé, ne peut se prévaloir d'un incident qui lui est totalement étranger;

Pour l'affirmative, on lit dans Boncenne, *Théorie de la procédure*, tome 1er, n° 137 : « La demande en garantie est une exception dilatoire; cela est formellement écrit dans le Code. Loin que les exceptions dilatoires tendent à

[1] Locré, *Esprit du Code de proc.*, tome II, page 141; — Carré, *Lois de la proc.*, sous l'art. 425; — Favard, tome V, page 715, n° 6.

[2] Paris, 14 sept. 1825; — cass., 10 juill. 1837 (S.-V., 37, 1, 732); — Paris, 26 janv. 1830.

[3] Cass., 1er prairial an 10 (S.-V., 2, 1, 324); — Montpellier, 22 janv. 1811 (S.-V., 14, 2, 364); — Rennes, 27 sept. 1817; — Poitiers, 20 mai et 9 juin 1829; — Aix, 6 août 1829; — Bordeaux, 14 avril 1840 (S.-V., 40, 2, 440). — Boitard, 2, 129; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1519; — Thomine, n° 474; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 214; — Orillard, n° 38.

Cependant, en sens contraire, Lyon, 3 avril 1819.

[4] Paris, 18 fév. 1812 (S.-V., 14, 2, 360).

[5] Rouen, 12 août 1819; — Aix, 5 mai 1826 (S.-V., 27, 2, 248).

[6] Brux., 23 déc. 1809 (S.-V., 10, 2, 26). — Pigeau, *Comm.*, art. 169; — Carré, quest. 712 et 713; — Demiau, page 405; — Bioche, v° *Exception*, n° 34, § 5.

dénier le pouvoir du juge, à en contester la mesure, ou à critiquer la forme de l'ajournement, elles supposent l'action compétemment et légalement intentée ; elles se résument dans une impétration de délai pour la préparation et l'agencement de la *défense*; par conséquent, elles couvrent les autres exceptions que la nature des choses et la loi ont placées en avant [1]. »

31. *Intervention.* — « Aucune intervention ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition au jugement. » (Art. 466.)

« Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés. » (Art. 474.)

« Toute demande, et par conséquent l'intervention, doit être formée devant le tribunal de commerce par exploit d'ajournement. » (Art. 415.)

32. *Comparution des parties.* — Lorsque l'on discutait au conseil d'État la forme de comparution des parties, on remarqua avec raison qu'il serait utile de les entendre en personne, mais l'on comprit cependant qu'il fallait autoriser l'emploi de mandataires. En effet, il n'est pas donné à tous de pouvoir clairement expliquer leurs intérêts : certaines personnes sont intimidées devant la justice, et d'ailleurs des absences, nécessaires dans le commerce, auraient pu empêcher l'exécution de la loi.

Lorsqu'il ne s'agit plus d'une plaidoirie à prononcer, mais seulement de déclaration à fournir sur les faits, les nécessités de la justice loin de s'opposer à ce que les parties soient entendues en personne, font souvent de leur comparution personnelle un élément précieux de l'instruction.

Aussi l'art. 428 dit : « Le tribunal pourra, dans tous les cas, ordonner même d'office que les parties seront entendues en personne, à l'audience ou dans la chambre, et, s'il y a empêchement légitime, commettre un des juges ou même un juge de paix, pour les entendre, lequel dressera procès-verbal de leurs déclarations. »

Lorsque la comparution est ordonnée, les termes de la loi, toujours employés au pluriel, font aux magistrats un devoir de prescrire l'audition de tous ceux qui, étant dans la cause, ont intérêt à contester les explications fournies au tribunal.

Si malgré les injonctions du tribunal une partie refuse de se présenter et n'appuie pas son refus sur un motif pur, légitime, les allégations de son adversaire pourront être tenues pour vérifiées [2].

33. *Interrogatoire sur faits et articles.* — *Les tribunaux de commerce peuvent-ils ordonner un interrogatoire sur faits et articles? — Dans quelle forme l'accompliront-ils?*

A plusieurs reprises, nous avons tenu pour constant que les tribunaux de commerce avaient le droit d'ordonner l'interrogatoire sur faits et articles; c'est ici le moment de démontrer que cette opinion est fondée.

Une seule objection est faite, et la voici :

La loi de procédure trace pour l'interrogatoire des formes qui paraissent incompatibles avec la juridiction commerciale : elle suppose des écritures et l'intervention du ministère des avoués, choses que repousse nécessairement cette juridiction. — D'ailleurs, pourquoi recourir à cette voie d'instruction, lorsque la comparution des parties, même en chambre de conseil, arrive au même résultat?

On répond, et avec raison :

1° La comparution des parties ne saurait remplacer l'interrogatoire sur faits et articles : ces deux moyens d'instruction s'accomplissent avec des formes particulières, et produisent des résultats différents. Dans la comparution, les deux parties sont en présence, et s'excitent mutuellement à soutenir leurs dires : dans l'interrogatoire, la partie est isolée, en présence du juge, elle ne reçoit d'autres inspirations que celles qui lui sont personnelles, et la vérité doit percer à la suite de questions faites habilement et avec calme. S'il en était autrement, il y aurait mêmes motifs pour refuser à la juridiction civile le droit de prescrire cumulativement ces deux mesures. Or, devant cette juridiction, les art. 324 et suiv. autorisent l'interrogatoire, alors que déjà l'art. 119 avait autorisé la comparution. Dès lors pourquoi interdire aux tribunaux de commerce ce moyen de découvrir la vérité?

2° Les formalités de l'interrogatoire prescrites par le Code de procédure sont, de toutes celles écrites dans ce Code, celles qui sont le moins incompatibles avec l'institution des tribunaux de commerce : elles reposent sur la pensée qu'il faut agir sommairement, et cette pensée constitue l'essence de la procédure commerciale. — On verra tout à l'heure que toutes les prescriptions des art. 324 et suiv. sont admissibles devant les tribunaux de commerce, et que c'est par erreur que l'on suppose nécessaire le ministère des avoués.

---

[1] Dans le même sens : Rennes, 26 janv. 1809 et 8 janv. 1812 (citée par Carré, *ubi infra*); — Toulouse, 29 avril 1822 (Sirey, 22, 260). — Merlin, *Répert.*, tome III, pages 344 et suiv., — Favard, *Répert.*, tome II, page 459; — Dalloz, *Dict. de jurisprud.*, tome XIV, page 237.

En sens contraire : Demiau, *Éléments de droit prat.*, page 146; — Carré, *Lois de la proc.*, sur l'art. 186, à la note.

[2] Cass., 15 fév. 1812 (S.-V., 18, 1, 241). — Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 134, page 662; — Pardessus, n° 1374; — Lepage, *Questions*, page 283; — Berriat, titre *de la Procéd. des trib. de comm.*, note 8; — Thomine, n° 473; — Carré, quest. 1531.

3° La loi s'exprime dans des termes si généraux, qu'elle ne comporte pas de distinction : c'est en effet *en toutes matières* que l'interrogatoire est permis, par conséquent les *matières commerciales* sont comprises dans les prévisions de la loi.

4° Un décret de 1814, cité par Despréaux, n° 63, relatif aux dépens devant le tribunal de commerce de Paris, alloue 3 fr. su greffier pour un interrogatoire sur faits et artielrs.

Aujourd'hui, cette solution est admise par la jurisprudence et par la doctrine [1].

34. L'art. 324 dit : « Les parties peuvent, en toutes matières et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinents, concernant seulement la matière dont est question, sans retard de l'instruction ni du jugement. »

De ce texte il résulte :

1° Que les parties peuvent *demander* et que les juges *peuvent* accorder ou refuser l'interrogatoire; ils ne doivent l'ordonner que lorsque les faits articulés sont pertinents et admissibles, c'est-à-dire sont d'une nature telle que, s'ils viennent à être prouvés, le procès en recevra un notable éclaircissement. Treilhard, exposant les motifs du Code de procédure, disait : « Le juge peut permettre l'interrogatoire; mais » c'est une faculté dont la prudence doit régler » l'usage. » (*Exposé des motifs*, page 49.)

2° Le défendeur peut demander l'interrogatoire du demandeur, comme le demandeur celui du défendeur : le mot *respectivement* inséré dans l'article, sur les observations du tribunat, ne laisse aucun doute à cet égard.

3° C'est en tout état de cause, mais sans retard de l'instruction ni du jugement, que l'interrogatoire peut être requis.

35. « L'interrogatoire ne pourra être ordonné que sur requête contenant les faits, et par jugement rendu à l'audience. » (Art. 1325.)

Sur cet article, il est deux observations :

1° C'est seulement par un jugement rendu à l'audience que l'interrogatoire peut être ordonné.

2° C'est seulement sur la provocation de la partie, et non d'office par le magistrat, que l'interrogatoire est autorisé : l'initiative de la partie est mentionnée dans une requête contenant les faits. — Il ne faut pas confondre les requêtes dans lesquelles les avoués se signifient les moyens de défense de leur partie, et les requêtes adressées au tribunal : les premières ne sont admissibles que devant les tribunaux de première instance; les secondes peuvent être soumises à tous tribunaux, et par les parties elles-mêmes. Dès lors nous ne pouvons admettre l'opinion de Locré, qui décide qu'en matière sommaire et commerciale l'interrogatoire est demandé à l'audience et non par requête (tome Ier, page 543.)—Un ajournement n'est pas ici nécessaire, comme pourrait le faire croire la lecture de l'art. 415, puisqu'il s'agit d'une demande que la partie adverse ne doit pas nécessairement connaître ; et, puisque les jugements sont rendus sans plaidoiries; d'ordinaire, aucun débat ne s'établit, et la requête est lue en audience publique aux juges qui sont appelés à apprécier la pertinence des faits.

36. *La partie soumise à l'interrogatoire peut-elle attaquer, par opposition ou par appel, le jugement qui l'ordonne, et lors duquel elle n'a pas été entendue?*

En général, la jurisprudence et la doctrine inclinent à décider l'affirmative [2].

37. « Il sera procédé à l'interrogatoire, soit devant le président, soit devant un juge par lui commis. » (Art. 325.)

« En cas d'éloignement, le président pourra commettre le président du tribunal dans le ressort duquel la partie réside, ou le juge de paix du canton de cette résidence. » (Art. 326.)

« Le juge commis indiquera, au bas de l'ordonnance qui l'aura nommé, les jour et heure de l'interrogatoire, le tout sans qu'il soit besoin de procès-verbal contenant réquisition ou délivrance de son ordonnance. » (Art. 327.)

« En cas d'empêchement légitime de la partie, le juge se transportera au lieu où elle est retenue. » (Art. 328.)

« Vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, seront signifiées par le même ex-

---

[1] Rouen, 16 mars 1828 (S.-V., 28, 2, 174); — Nîmes, 4 mai 1839 (S.-V., 30, 2, 308).—Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1227, quest. 1531 *bis*;—Locré, tome IX, pages 373 et suiv ;— Pardessus, n° 1376;—Bioche, v° *Interrogatoire*, tome III, n° 10, page 449; — E. Vincens, tome Ier, liv. II, chap. III, n° 11, page 93; —Dalloz, tome XVIII, page 169, n° 4; — Thomine, n° 375; — Favard, v° *Trib. de comm.*, sect. 3e, n° 1, tome V, page 715;— Sogue, tome Ier, chap. V, n° 1, page 50. — E. Cadrès, lit. XIII, page 223.

[2] Paris, 28 mai 1808 (S.-V., 14, 2, 339); — Brux., 23 fév. 1809 (S.-V., 14, 2, 436 *bis*); — Orléans, 28 mars 1810 (cité par Carré);—Brux., 1er déc. 1810 (S.-V., 12, 2, 19); — Grenoble, 27 fév. 1812;—Lyon, 28 janv. 1824 (S.-V., 25, 2, 49); — Paris, 5 mai 1825 (S.-V., 26, 2, 117); —Montpellier, 27 déc. 1825 (S.-V., 27, 2, 42);—Grenoble, 3 janv. 1826; — Rouen, 18 mars 1828 (S.-V., 28, 2, 174); — Toulouse, 5 mai 1829 (S.-V., 30, 2, 184). —Paris, 19 nov. 1829 (S.-V., 30, 2, 231); — Grenoble, 26 fév. 1831 ;— Poitiers, 22 avril 1831; — Angers, 14 fév. 1835 (S.-V., 35, 2, 224). (Dans une affaire où je plaidais à la troisième chambre de la cour de Paris, on demandait un interrogatoire contre ma partie; je voulus présenter quelques observations pour faire rejeter l'interrogatoire comme n'étant pas admissible. Mon adversaire, Me Liouville, allait s'opposer à ma prétention, lorsque M. le président Pécourt lui fit observer que la cour admettait le droit d'opposition : mon adversaire n'insista plus et je fus entendu sur la pertinence des faits. — Affaire ve Soulier C. Deberly, audience du 17 mai 1843).—Demiau, page 239; — Coffinières, *Annales du not.*; — Pigeau, *Comm.*, tome Ier, page 584; — Favard, tome III, page 115, n° 7;—Thomine, n° 378;—Bioche, v° *Interrogatoire*, n° 32.

Cependant, voir en sens contraire : Amiens, 26 juill. 1822; —Amiens, 8 avril 1824 (S.-V., 24, 2, 244); — Rouen, 29 janv. 1825 (S.-V., 28, 2, 118); — Grenoble, 26 fév. 1831 (S.-V., 32, 2, 51); — Paris, 11 janv. 1836 (S.-V., 36, 2, 195);—Paris, 18 déc. 1837 (S.-V., 39, 2, 80).—Carré, *quest.* 1241;—Dalloz, tome XVIII, page 170, n° 4. (Brux., cass., 23 oct. 1837; *J. de Br.*, 1838, page 104.

ploit, à personne ou domicile, la requête et les ordonnances du tribunal, du président ou du juge qui doit procéder à l'interrogatoire, avec assignation donnée par un huissier qu'il aura commis à cet effet. » (Art. 329.)

38. « Si l'assigné ne comparaît pas ou refuse de répondre après avoir comparu, il en sera dressé procès-verbal sommaire et les faits *pourront* être tenus pour avérés. » (Art. 330.)

L'art. 4 de l'ordonnance de 1667 disait au sujet de la situation prévue par l'art. 330 : « Les faits *seront tenus* pour confessés et avérés. » De là question au corps législatif de savoir s'il fallait, conformément à l'ordonnance, obliger les juges à considérer l'absence ou le refus de la partie comme une confession des faits, ou, au contraire, conformément au projet, laisser aux magistrats une entière indépendance. Le tribunat manifesta le vœu suivant : « Le changement proposé est très-important. Il pourra arriver qu'on sera beaucoup moins exact à » se présenter, mais d'un autre côté, n'y a-t-il » pas beaucoup de cas où il serait trop rigoureux de tenir les faits pour avérés, par » exemple, dans le cas d'un tuteur, dans le cas » de la femme mariée? La section préfère la » rédaction du projet : il faut laisser toute latitude aux juges. »

Cet avis fut suivi.

39. « Si ayant fait défaut sur l'assignation, il se présente avant le jugement, il sera interrogé, en payant les frais du premier procès-verbal et de la signification, sans répétition. » (Art. 331.)

« Si, au jour de l'interrogatoire, la partie assignée justifie d'empêchement légitime, le juge indiquera un autre jour pour l'interrogatoire, sans nouvelle assignation. » (Art. 332.)

40. « Le parti répondra en personne, sans pouvoir lire aucun projet de réponse par écrit et sans assistance de conseil, aux faits contenus en la requête, même à ceux sur lesquels le juge l'interrogera d'office ; les réponses seront précises et pertinentes sur chaque fait, et sans aucuns termes calomnieux ni injurieux : celui qui aura requis l'interrogatoire ne pourra y assister. » (Art. 333.)

Il est certain qu'*en droit* les faits sur lesquels la partie sera interrogée doivent tous lui être communiqués ; mais il est certain aussi que dans la pratique et *en fait* on réserve quelques questions secrètes et décisives, que l'on prie le juge-commissaire d'adresser d'office : c'est à lui qu'il appartient d'apprécier si ces questions méritent son attention et s'il veut se les approprier.

Remarquons sur l'art. 333 que cette disposition si sage, qui écarte de l'interrogatoire la partie à la requête de laquelle l'interrogatoire est fait, a été introduite par la loi sur la demande de la section du tribunat.

41. « L'interrogatoire achevé sera lu à la partie, avec interpellation de déclarer si elle a dit la vérité et persiste : si elle ajoute, l'addition sera ajoutée en marge ou à la suite de l'interrogatoire; elle lui sera lue et il lui sera fait la même interpellation : elle signera l'interrogatoire et les additions, et si elle ne sait ou ne veut signer, il en sera fait mention. » (Art. 334.)

« La partie qui voudra faire usage de l'interrogatoire le fera signifier, sans qu'il puisse être un sujet d'écriture de part ni d'autre. » (Article 335.)

42. Ce n'est pas seulement un individu isolé qui pourrait être soumis à l'interrogatoire, ce seraient aussi les sociétés commerciales. — Dans ce cas, les représentants de l'être moral, ayant eu pouvoir et capacité de traiter en son nom, seraient interrogés sur les faits de leur gestion.

43. Le premier projet de Code de procédure, contenait la disposition suivante : « Hors le cas de l'art. 330 (331 du Code actuel), les frais de l'interrogatoire seront supportés par la partie *qui succombera.* » — Après discussion on supprima cette disposition : on résolut de s'en rapporter à la prudence du juge, qui décidera cette question de frais suivant les circonstances. — D'une part, c'est presque toujours par la faute de celui qui réclame l'interrogatoire qu'il n'existe point de titre, ou qu'il n'en existe qu'un obscur. Dans ce cas, il serait injuste de faire payer les frais à son adversaire, même alors que ce dernier succombe. — D'autre part, celui qui subit l'interrogatoire peut le rendre nécessaire par sa mauvaise foi, et alors il devient équitable que les frais en retombent sur lui.

44. *Des renvois devant arbitres-rapporteurs. — Des expertises.* — « S'il y a lieu à renvoyer les parties devant des arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties et les concilier si faire se peut, sinon donner leur avis.

« S'il y a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises, il sera nommé un ou trois experts.

« Les arbitres et les experts seront nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience. » (Art. 429.)

« La récusation ne pourra être proposée que dans les trois jours de la nomination. » (Article 430.)

« Le rapport des arbitres et experts sera déposé au greffe du tribunal de commerce. » (Article 431.)

La décomposition de ces articles nécessite les observations suivantes :

1° Le nom d'*arbitres* est impropre : il pourrait faire confusion avec les arbitres nommés pour connaître des contestations entre associés, et pour raison de la société : aussi à Paris, pour établir la distinction, on dit : *arbitres-rapporteurs.*

2° Les parties, soit par elles-mêmes, soit par leurs mandataires, peuvent nommer les arbi-

tres-rapporteurs et experts; mais il faut pour cela qu'elles soient d'accord, soit sur leur nombre, soit sur leur désignation. — En cas de consentement unanime, le tribunal doit se borner à leur donner acte de leur choix, qu'il ne peut refuser [1].

3° A défaut, c'est le tribunal qui désigne d'office pour toutes les parties, ce qu'il doit faire dans le jugement en ordonnant l'expertise [2].

Le tribunal peut, sans le consentement des parties, nommer un seul rapporteur ou expert. Lorsqu'il en choisit plusieurs, il est obligé d'en choisir trois, afin d'éviter le partage des opinions. —Lorsque le juge a fait sa nomination, les parties ne peuvent plus la répudier en se mettant d'accord.

4° L'opinion des arbitres-rapporteurs s'appuie sur de *simples raisonnements*, que les juges sont en mesure d'apprécier par eux-mêmes; il en résulte que ces agents de la justice ne sont pas obligés à prêter serment. — Les experts, au contraire, constatent *des faits qu'ils attestent* comme les sachant personnellement, et que les magistrats ne peuvent vérifier. De là cette conséquence qu'ils doivent prêter serment lorsqu'ils ne sont pas courtiers-jurés [3].

5° Les arbitres-rapporteurs et les experts énoncent un simple avis, que le tribunal peut entériner et homologuer, ou au contraire rejeter, suivant les circonstances.

6° L'art. 429 n'est pas limitatif : en conséquence, toutes les fois que le tribunal croit utile d'ordonner une expertise ou de mettre une affaire en rapport, il peut le faire, quoique l'espèce ne rentre pas dans celles prévues par cet article. — Ainsi il le pourrait s'il y avait lieu à faire traduire une pièce écrite en langue étrangère, à constater le genre de maladie ou de mort d'un cheval, etc. [4].

7° Le tribunal ne peut faire participer les experts à ses fonctions judiciaires : en conséquence, s'il s'agit de faire un acte d'instruction, il ne peut le leur déléguer. — C'est par application de ce principe qu'il a été jugé avec raison qu'un tribunal n'a pas pouvoir suffisant pour donner mandat à des arbitres-rapporteurs d'entendre des témoins [5].

8° Dans le cas spécialement prévu par l'article 106 du Code de comm., le président du tribunal de commerce, ou à son défaut le plus ancien juge, ou enfin le juge de paix, peut ne nommer qu'un seul expert, lequel doit être assermenté devant un juge, et non devant le greffier [6].

9° Le rapport des arbitres-rapporteurs et des experts, déposé clos et cacheté au greffe du tribunal de commerce, n'est pas signifié devant la majeure partie des tribunaux de commerce, et notamment devant celui de Paris. — La partie la plus diligente assigne en ouverture de rapport. A l'audience, le tribunal brise le cachet du rapport, renvoie à la plus prochaine audience, c'est-à-dire à quinzaine; et pendant ce temps, chaque partie, si elle ne veut une expédition, se rend au greffe pour prendre communication.

Ce qu'il faut de toute nécessité, c'est que la partie ait été mise, d'une manière ou d'une autre, en mesure de pouvoir connaître ce rapport. Sans cela, le jugement serait radicalement nul [7].

10° Pour la récusation des experts et pour les autres formes de l'expertise, voir les articles 302 à 323 du Code de proc.

45. *Enquêtes*. — L'ordonnance de Moulins avait défendu la preuve testimoniale dans toute cause dont l'intérêt excédait cent livres, à moins de commencement de preuve par écrit, ou à moins que l'on ne fût placé dans de telles circonstances qu'il eût été impossible de se procurer une preuve écrite, comme dans le cas de dépôt nécessaire.

Cependant les juges-consuls formaient un tribunal d'équité; ils se considéraient comme des arbitres amiables compositeurs, revêtus par le roi d'un caractère légal et public. Lorsque les prescriptions de la loi leur paraissaient heurter les règles de la justice, ils se dispensaient de les appliquer, et ils suivaient avec soin les coutumes commerciales.

Or, en matière commerciale, dans les foires, dans les marchés, dans les boutiques, la majeure partie des transactions se faisaient de vive voix et sans actes écrits.

Ce fut donc une nécessité que l'admission de la preuve testimoniale devant les juridictions consulaires; aussi, bientôt, l'ordonnance de Moulins cessant d'être appliquée, des enquêtes furent faites toutes les fois que la bonne renommée des parties était un gage qu'elle devait produire quelque effet, et lorsqu'il n'existait pas des preuves littérales des engagements allégués.

L'ordonnance de 1667 conserva cet état de choses. Après avoir confirmé les dispositions de l'ordonnance de Moulins, l'art. 2 du titre XXII ajoutait que *l'on n'entendait rien innover en ce qui s'observait en la justice des juges et consuls des marchands* [8].

[1] Orléans, 28 août 1824.
[2] Bordeaux, 25 janv. 1831.
[3] Rennes, 17 août 1822; — Orléans, 28 août 1824. — Locré, *Esprit du Code de proc.*, tome II, pages 160 et 161; et *Esprit du Code de comm.*, tome IX, pages 412 et 428; Pardessus, n° 1373; Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 115, page 662; Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1536.
[4] Bioche, v° *Trib. de comm.*, n°s 231 et 232; Pardessus, n° 1378; Thomine, n° 474; Carré, quest. 1533 et 1534.
[5] Toulouse, 16 juill. 1827 (S.-V., 28, 2, 198).
[6] Rennes, 17 août 1812; Rouen, 10 déc. 1826; Lyon, 27 août 1828; Colmar, 24 déc. 1833 (S.-V., 34, 2, 649).
[7] Nîmes, 3 janv. 1820.
[8] Pothier, *Traité des obligat.*, part. 4, ch. 2, art. 2; — Gin, *Analyse raisonnée du Droit français*, page 490, édit. in-4°, Paris, 1782.

Nicodème explique avec beaucoup de clarté les motifs de cette coutume :

« Il ne s'agit que de réfléchir, dit-il, à l'exercice du commerce, aux conventions subites qui s'y font, et à la simplicité des engagements que l'on prend, pour se convaincre de la nécessité de cette exception. *La parole sert de notaire aux marchands; elle est contrôlée par les arrhes*, *et entretenue par la bonne foi.*

» Il y a une partie considérable de commerce qui se fait dans les lieux publics, les marchés, les foires, et beaucoup dans les cabarets. Un grand nombre de personnes qui traitent d'affaires dans ces endroits ne savent souvent ni lire ni écrire, et seraient par conséquent fort embarrassées si elles ne pouvaient faire que des conventions par écrit. Il faut donc que, dans le cas d'une dénégation, la preuve testimoniale leur soit permise. » (*Exercice des commerçants*, 1re partie, page 51.) — Denizart, tome Ier, vo *Consuls*, page 675, confirme ces paroles.

Nos lois modernes ont-elles introduit un nouveau droit ?

Le Code civil a reproduit les dispositions des ordonnances de Moulins et de 1667 ; l'art. 1341 dit, comme elles, que la preuve testimoniale n'est pas reçue contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 fr. — Les art. 1347 et 1348 lèvent cette prohibition lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit; obligation née de quasi-contrat, délit ou quasi-délit, dépôt nécessaire, impossibilité d'avoir un acte écrit, ou enfin perte du titre qui servait de preuve.

Le Code, en conservant les règles générales écrites dans les ordonnances, a-t-il voulu abroger l'exception qu'elles faisaient en faveur des matières commerciales ? — Nous lisons dans le dernier paragraphe de l'art. 1341. « *Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.* »

Il nous semble évident que, par cette disposition finale, le législateur a consacré de nouveau le privilége accordé aux juridictions consulaires.

Cependant Locré pense le contraire, et voici comment il raisonne : « Sous l'empire de l'ordonnance, on n'entendait *rien innover en ce qui s'observait* en la justice des juges et consuls des marchands. Ceci comprenait non-seulement les lois formelles, mais encore les *usages* commerciaux. — Sous l'empire du Code, on n'excepte que ce qui est *prescrit dans les lois* relatives au commerce. — Ici, nulle mention des usages : c'est *la loi* qui est le seul guide; et toutes les fois qu'il n'existera pas dans les lois du commerce une exception expresse, il faudra appliquer le principe général du Code civil. — En un mot, le droit d'entendre des témoins, au lieu d'être la règle, devant les tribunaux de commerce comme devant les autres tribunaux, sera seulement l'exception. (Tome IX, pages 198 et suiv.)

Nous croyons que Locré fait un véritable abus des termes de la loi. En effet, le Code civil renvoie *aux lois de commerce*, et Locré, semblant croire que c'est au Code de commerce, y cherche les exceptions au principe du droit commun. C'est une erreur : à l'époque où le Code civil fut décrété, le Code de commerce n'existait pas encore et l'on ne pouvait donc s'y référer. On se référait aux lois de commerce *existantes*, c'est-à-dire aux ordonnances de 1667 et de 1673, qui, précisément reconnaissaient aux juges et consuls le droit d'entendre des témoins en toutes matières, pourvu qu'elles fussent relatives *au fait de la marchandise*.

D'ailleurs, il ne faut pas s'attacher rigoureusement à ces expressions : *ce qui est prescrit dans les lois*. Si le législateur avait voulu renverser tout le système de législation commerciale, il se serait exprimé avec clarté; l'établissement du droit nouveau aurait été précédé de discussions législatives. Or, la loi ne dit que ces mots si laconiques, si équivoques, et la tribune a été muette. Une aussi grave modification n'aurait point été silencieusement votée, et nous sommes autorisé à dire que le Code civil a confirmé l'exception, comme il avait confirmé la règle écrite dans les ordonnances.

Cela ressort pour nous de la combinaison du Code de commerce et du Code de procédure ; les achats et les ventes, les échanges qui sont des ventes, constituent la majeure partie des affaires commerciales. Eh bien, d'une part, dans les contestations relatives à ces achats et ventes, l'art. 109 autorise la preuve testimoniale. Pourquoi la rejeter dans le surplus des transactions commerciales qui n'ont pas une aussi grande importance ? — D'autre part, l'art. 432 du Code de proc. règle les formes des enquêtes, dans les cas où le tribunal en prescrira, et, par ses termes généraux, semble lui reconnaître le droit d'en ordonner toutes les fois qu'il le jugera utile à la manifestation de la vérité. — Telle est du moins l'impression que nous avons reçue de l'examen attentif de la loi.

Il est une dernière observation que nous ne pouvons omettre. Au mépris d'une loi formelle, les pratiques commerciales ont, de vive force, introduit la preuve testimoniale devant les juges et consuls. Si elles ont eu cette puissance, c'est qu'elles s'appuyaient sur une impérieuse nécessité. En effet, la célérité des transactions commerciales, la bonne foi qui en est le mobile, le caractère particulier des agents du commerce rendent souvent impossible la constatation par écrit des conventions faites par les négociants ou par leurs intermédiaires. Or, comment prouver par écrit ce qui a été l'objet de négociations orales ? Si donc le système de la législation restait entouré de quelques doutes, il faudrait le

comprendre dans le sens le plus favorable à la prospérité du commerce.

Au surplus, la jurisprudence la plus constante et l'opinion des auteurs, ont consacré cette opinion [1].

46. Non-seulement la preuve testimoniale est, en matière commerciale, presque toujours admissible, mais elle peut même encore être ordonnée outre et contre le contenu aux actes. — C'est surtout à l'occasion des effets négociables que cette voie d'instruction est utile [2].

47. Quoique les tribunaux de commerce aient le pouvoir d'admettre la preuve par témoins, il ne faut pas croire cependant que leur autorité soit sans limite. Il est plusieurs conditions qu'il est utile de rappeler.

1° La preuve vocale ne sera ordonnée que dans les cas où elle n'est pas formellement interdite par la loi commerciale. — Il est des hypothèses où l'on exige, à peine de nullité, des actes écrits : alors on ne peut entendre des témoins sur un fait dont la preuve, en la supposant faite par eux, serait sans aucune influence. — Par exemple, les sociétés doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée (art. 39 et 40 du Code de comm.) : aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte, ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessus de cent cinquante francs (art. 41). — De même, le contrat à la grosse doit être fait devant notaire, ou sous signature privée (art. 311). — Le contrat d'assurance est rédigé par écrit (art. 332). — Le délaissement des navires doit être signifié par acte extrajudiciaire (art. 374). — En cas de jet, le capitaine est tenu de rédiger par écrit la délibération, aussitôt qu'il en a les moyens (art. 412). — Dans tous ces cas, les règles du droit commun reprennent leur empire et la preuve testimoniale n'est accueillie que conformément aux règles et aux exceptions par lui prescrites.

2° L'admissibilité de la preuve doit être strictement renfermée dans ce qui concerne les transactions commerciales. — Si les tribunaux de commerce étaient saisis de la contestation à raison de la qualité de la personne, et non à raison de la matière, comme ils jugeraient par exception une cause civile, ils ne seraient investis que des moyens d'action accordés aux tribunaux civils. — Ainsi la libération d'une condamnation judiciaire, ne pouvant être qualifiée d'opération commerciale, même lorsque la condamnation résulte d'une sentence consulaire, ne pourrait être prouvée par témoins. — De même, la restitution qu'un commerçant prétendrait avoir faite à des entrepreneurs de messageries, d'une somme d'argent excédant cent cinquante francs qu'il reconnaît avoir reçue d'eux [3].

3° Les juges doivent être très-réservés dans l'admission de la preuve vocale, et cela par un double motif. D'abord, ce moyen de preuve est le plus incertain, le plus dangereux de tous. Les témoins peuvent être aveuglés par les préventions de l'amitié, ou excités par les inspirations de leur intérêt personnel; ils peuvent avoir mal vu, mal entendu, mal compris, et il est permis de se méfier de la mémoire ou de l'intelligence d'individus dont l'attention a pu être distraite par d'autres pensées. — Il est donc sage de reléguer la preuve testimoniale au dernier rang des éléments de l'instruction, et d'accueillir avant elle la preuve littérale, ou les présomptions, graves, précises et concordantes, dont l'ensemble procure au magistrat une conviction appuyée sur la rectitude de son jugement.

Ensuite, les enquêtes dérobent au tribunal un temps précieux, et c'est pour parer à cet inconvénient que le législateur leur impose la forme sommaire, comme le remarque E. Vincens, page 98 : il contraint les juges à entendre à l'audience l'enquête entière, afin de les prémunir contre la propension à l'accorder sans besoin.

---

[1] Cass., 3 prairial an 9 (S.-V., 1, 1, 666); — Colmar, 19 nivôse an 13 (S.-V., 5. 2, 666); — cass., 1er août 1810 (S.-V., 13, 1, 453); — cass., 19 juin 1810 (S.-V., 10, 1, 318); — Aix, 21 mai 1811; — cass., 11 nov. 1813 (S.-V., 15, 1, 1197); — Rennes, 2 déc. 1815; — Brux., cass., 12 fév. 1822; — Liége, 25 fév. 1822; — cass., 1er juill. 1824; — Brux., cass., 15 janv. 1825; — Bordeaux, 15 mars 1825 (S.-V., 25, 2. 289); — cass., 24 mars 1825 (S.-V., 25, 1, 432); — cass., 14 fév. 1827 (S.-V., 27, 1, 187); — cass., 15 mai 1827 (S.-V., 27, 1, 288); — cass., 17 déc. 1827 (S.-V., 28, 1, 233); — Agen, 6 janv. 1828 (S.-V., 28, 2, 224); — Brux., cass., 13 mars 1828; — Limoges, 8 mai 1835 (S.-V., 35, 2, 463); — cass., 10 juin 1835 (S.-V., 35, 1, 669); — cass., 11 juin 1835 (S.-V., 35, 1, 623); — Liége, 22 janv. 1836. — Chauveau, sur Carré, quest. 1539 *ter*; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, n° 14, page 96; — Pardessus, n° 1375; — Sioche, v° *Enquête*, nos 15 et 17; — Toullier, tome IX, nos 231, 233 et 235, — Devilleneuve, v° *Preuve testim.*, n° 3.

[2] Cass., 1er août 1810 (S.-V., 13. 1, 453); — Brux., 28 août 1811 (S.-V., 12, 2, 468); — cass., 10 juin 1835 (S.-V., 35, 1, 669); — cass., 11 juin 1835 (S.-V., 35, 1, 628). — Toullier, tome IX, n° 233; — Pardessus, nos 262 et suiv.; — Sioche, tome II, v° *Enquête*, n° 17, page 438; — Devilleneuve, *Dict.*, v° *Preuve testimoniale*, n° 10.

Il en est autrement lorsqu'une disposition textuelle veut la production d'un acte comme mode particulier de preuve pour justifier d'une convention, et par exemple dans le sens de l'art. 273, Code de comm. (Brux., 13 fév. 1842, *J. de Br.*, 1842, page 57.)

En sens contraire : Florence, 7 août 1809, et Paris, 11 juill. 1812 ; — Angers, 4 juin 1829 (S.-V., 30, 2, 202); — cass., 29 mai 1827 (S.-V., 27, 1, 313); — cass., 18 mai 1829 (S.-V., 29, 1, 231); — cass., 15 juin 1829 (S.-V., 29, 1, 311).

Nota. Ces trois arrêts de la cour de cassation, que nous devions rapporter parce qu'ils ont quelque intérêt dans la question, ne doivent guère avoir d'influence. En effet, le premier a été rendu en matière civile, ce qui n'est pas notre hypothèse; le deuxième se référait à un billet à ordre, qui pouvait avoir une cause civile et émaner de simples particuliers; la rédaction de l'arrêt n'apprend rien à cet égard; le troisième décide, et avec raison, que la preuve testimoniale a pu être rejetée sans qu'il y ait eu violation de la loi et par conséquent ouverture à cassation.

[3] Cass., 11 nov. 1835 (S.-V., 36, 1, 197).

L'enquête ne doit être ordonnée que lorsque les faits à prouver sont concluants ou doivent exercer sur la décision une notable influence ; lorsqu'ils sont, en un mot, pertinents et admissibles.

5° Si une enquête était légèrement ordonnée ; — si la vérité était manifestée d'une autre manière ; — si la preuve littérale était méconnue ; — si l'aveu de la partie était rejeté ; — si les faits allégués n'avaient pas une action directe sur le litige, — la sentence, qui prescrit cette preuve, dans les cas où elle n'est pas prohibée, sans offrir une violation de la loi donnant ouverture à la cassation, constituerait un mal jugé susceptible de réformation dans les causes sujettes à appel.

48. L'enquête peut être ordonnée sur la réquisition des parties, ou d'office par le tribunal, si les conclusions ou plaidoiries avaient signalé des faits utiles à constater [1].

49. Cela posé, occupons-nous de rapporter, sans les discuter, car cette discussion nous entraînerait trop loin, les formes suivies dans les enquêtes commerciales.

Suivant l'art. 432, il sera procédé aux enquêtes commerciales dans les formes prescrites pour les enquêtes sommaires. Néanmoins, dans les causes sujettes à appel, les dispositions seront rédigées par écrit par le greffier, et signées par le témoin ; en cas de refus du témoin, mention en sera faite.

50. L'action de la justice consulaire devant être aussi rapide que possible, les formalités prescrites pour les enquêtes sommaires ne sont pas rigoureuses en ce sens que le tribunal de commerce peut s'en écarter du consentement des parties [2].

C'est par application de ce principe que la jurisprudence a déduit les conséquences suivantes :

Les juges, ayant la faculté d'ordonner d'office l'enquête, peuvent en accroître la portée en ordonnant subsidiairement la preuve d'autres faits que ceux articulés par les parties [3].

Les parties et les juges peuvent consentir à ce que les témoins soient entendus en présence les uns des autres [4].

Le tribunal satisfait au vœu de la loi et fait droit implicitement à un moyen de reproche contre un témoin en évitant de fonder son jogement sur la déposition du témoin reproché [5].

51. Les formalités à suivre dans les enquêtes sommaires sont relatives aux points suivants :

Au jugement qui admet la demande de faire la preuve, et aux choses qu'il doit contenir ;

Aux délais en matière d'enquête ;

A la vocation de la partie ;

A la notification qu'on doit lui faire des noms, profession et demeure des témoins appelés ;

A la vocation desdits témoins ;

Aux témoins défaillants ;

Aux causes qui doivent faire admettre ou rejeter la déposition des témoins ;

A leur audience devant le tribunal ;

Au droit de faire la preuve contraire, au moyen d'une contre-enquête ;

A la nullité des enquêtes et contre-enquêtes.

Tous ces objets sont traités soit dans les règles spéciales pour les matières sommaires, soit dans les règles générales des enquêtes. — Les règles spéciales sont comprises dans les art. 407 à 412 du Code de proc. — Les règles générales sont développées dans les art. 252 à 294 du même Code : pour savoir, parmi ces dernières, celles qui sont applicables ou celles auxquelles il est dérogé, il faut extraire celles qui sont relatives aux sujets énoncés dans l'art. 413, ainsi conçu :

« Seront observées en la confection des en-
» quêtes sommaires les dispositions du tit. XII,
» *des Enquêtes*, relatives aux formalités ci-
» après :

» La copie aux témoins du dispositif du juge-
» ment par lequel ils sont appelés (art. 260) ;

» Copie, à la partie, des noms des témoins
» (art. 261) ;

» L'amende et les peines contre les témoins
» défaillants (art. 263 à 265) ;

» La prohibition d'entendre les conjoints des
» parties, les parents et alliés en ligne directe
» (art. 268) ;

» Les reproches par la partie présente, la
» manière de les juger, les interpellations aux
» témoins, la taxe (art. 270, 271, 273, 276, 277,
» 282 à 284, 287 à 294) ;

» La faculté d'entendre les individus âgés de
» moins de quinze ans révolus (art. 285). »

C'est à ces sources que les tribunaux de commerce doivent puiser les éléments de l'instruction dans les enquêtes qu'ils ordonnent.

52. *Sauf-conduit.* — *Lorsque les tribunaux de commerce ordonnent ou la comparution des parties ou une enquête, peuvent-ils délivrer un sauf-conduit aux individus appelés et se trouvant sous le coup de la contrainte par corps?*

Une circulaire du grand juge, ministre de la justice, a décidé la négative. En voici le texte :

« Aux termes de la loi du 15 germinal an 6, tit. III, art. 8, les tribunaux de commerce et les juges de paix pouvaient, comme les cours souveraines et les tribunaux civils, délivrer des sauf-conduits aux individus frappés de la contrainte

---

[1] Rennes, 28 août 1807. — Thomine, n° 296 ; — Bioche, v° *Enquête*, n° 25 ; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, n° 14, page 97 ; — Locré, tome IX, page 210 ; — Pardessus, n° 1375.

[2] Rennes, 30 août 1817. — Boucher, pages 81 et 82 ; — Demiau, page 341 ; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1540.

[3] Orléans, 23 août 1823.

[4] Orléans, 22 mars 1820.

[5] Orléans, 1er avril 1814 ; — Rennes, 13 juin 1814.

par corps, lorsqu'ils étaient appelés comme témoins en matière civile ou criminelle.

» Cette disposition se trouve modifiée par l'art. 782 du Code de proc. Il n'est question dans cet article que de témoins cités devant un tribunal de première instance, ou devant une cour de justice criminelle ou d'appel. — D'un autre côté, c'est par le directeur du jury, par le président du tribunal, ou par les présidents des cours criminelles ou d'appel que les sauf-conduits doivent être délivrés, et ils ne peuvent l'être sans les conclusions préalables du ministère public.

» Il en résulte assez clairement que les tribunaux de commerce et les juges de paix sont privés de la faculté de délivrer ces sauf-conduits, d'abord, parce qu'ils ne sont rappelés directement ni indirectement dans l'article du Code ; en second lieu, parce que n'ayant point auprès d'eux de ministère public, ils se trouvent dans l'impossibilité de remplir la formalité des conclusions qui sont aujourd'hui indispensables.

» Cependant, le besoin de citer et d'entendre des témoins est le même pour tous les tribunaux : il faut que les témoins appelés devant les juges de paix et les tribunaux de commerce puissent comparaître sans exposer leur liberté, et, si ces tribunaux ne peuvent pas, comme autrefois, leur accorder les sauf-conduits qui leur sont nécessaires, l'intérêt public exige qu'il y soit pourvu par un autre moyen que le Code judiciaire ne détermine pas.

» J'ai donc dû m'adresser au gouvernement pour lui rendre compte de cette difficulté.

» Par délibération du conseil d'État, du 30 avril dernier, approuvé par Sa Majesté Impériale le 3 mai suivant, il a été décidé que l'article 782 du Code de proc. avait eu pour objet de restreindre un pouvoir trop étendu, dont on pourrait craindre l'abus ; qu'il résulte évidemment de cet article que l'on n'a pas voulu que les juges de paix pussent à l'avenir accorder des sauf conduits, puisqu'ils n'y sont pas dénommés comme ils l'étaient dans la loi du 15 germinal, et que d'ailleurs ils n'ont pas de ministère public ; que cette faculté est également interdite aux tribunaux de commerce, et par les mêmes motifs ; et qu'enfin les parties, soit devant un juge de paix, soit devant un tribunal de commerce, quand elles veulent faire entendre des témoins en état de contrainte par corps, doivent s'adresser au président du tribunal civil de l'arrondissement, qui, sur la représentation du jugement d'enquête et sur les conclusions du ministère public, délivrera, s'il y a lieu, le sauf-conduit nécessaire.

» Vous voudrez bien communiquer cette délibération aux tribunaux civils et de commerce de votre ressort, et recommander aux procureurs impériaux près les tribunaux civils d'en informer les juges de paix de leurs arrondissements respectifs, pour qu'ils aient à s'y conformer.

» Vous aurez soin de me rendre compte de vos diligences à cet égard.

» 8 septembre 1807. »

Aux motifs donnés par cette circulaire, et qui paraissent fondés, j'ajouterai une considération. — Si les présidents des tribunaux de commerce pouvaient ordonner que des individus en état de contrainte par corps jouiront d'un sauf-conduit, ils rendraient ces ordonnances *en exécution du jugement du tribunal de commerce*, qui autorisent l'enquête. Or, les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, et la règle de l'art. 442 du Code de proc. serait violée.

Dans l'état actuel de la législation, cette circulaire est donc, sous tous les rapports, conforme aux principes.

Cependant, comme il est inutile et même nuisible de contraindre les parties à un circuit de procédures, comme les conclusions du ministère public sont sans importance réelle, puisque le président a pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de refuser le sauf-conduit, pouvoir dont il usera avec prudence, je pense qu'il serait utile de revenir à l'ordre de choses établi par la loi de germinal an 6, et de reviser, en ce point, les art. 782 et 442 du Code de proc. Cela est d'autant plus naturel, que dans les faillites, qui sont des matières bien plus graves que les enquêtes, les tribunaux de commerce ont dans leurs attributions particulières d'accorder des sauf-conduits.

53. *Dénégation d'écritures. — Inscriptions de faux.* — Nous avons traité ce sujet avec détail dans la 2e part., liv. III, chap. 3, 2e sect., nos 33 et 34.

54. *Apport et communication des livres et pièces.* — Nous avons vu que les livres régulièrement tenus peuvent être admis par le juge, pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce (art. 13, Code de comm.); qu'au contraire ceux à l'occasion desquels les formalités légales n'ont pas été observées, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice en faveur de ceux qui les ont tenus (art. 14).

De là découle nécessairement pour les parties le droit de requérir et pour le tribunal le droit d'ordonner la production des livres et autres pièces comptables. Chacun, en effet, a le droit de puiser dans les écritures de son adversaire la preuve admise par la loi, ou de rejeter celle que l'on invoquerait sans mériter le bénéfice du privilége légal [1].

[1] Colmar, 25 mai 1808;—Rennes, 7 mai 1818;—Bordeaux, 8 avril 1826;—cass., 18 déc. 1828.

La faculté accordée par la loi d'ordonner, en cas de faillite, la communication des livres et inventaires, s'étend

55. Cependant, le droit de requérir la production des livres ne doit pas dégénérer en abus. Souvent il pourrait, entre individus exerçant le même genre de commerce, devenir un moyen frauduleux de pénétrer dans le secret d'opérations qui doivent rester une propriété privée. C'est alors au tribunal à prendre les mesures nécessaires ; par exemple, il peut dire que les livres déposés sur le bureau ou au greffe ne seront examinés qu'en présence d'un de messieurs ; ou bien qu'un simple extrait, relatif à l'objet de la contestation, sera délivré au requérant avec affirmation qu'il est sincère et véritable.

56. Quelquefois la décision de la difficulté dépend de la vérification des registres de tiers étrangers au procès : ainsi est-il dans les opérations faites par l'intermédiaire d'agents de change ou courtiers. — Dans ce cas, le tribunal peut ordonner qu'un juge commis ou que la partie elle-même réclamera cette vérification. Cependant le tiers, jusqu'au moment où il a été mis en cause et condamné à cette investigation, fait un acte gracieux en le permettant.

57. En cas que les livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire (art. 16).

58. Les frais de l'apport des livres doivent être avancés et payés par la partie qui le réclame [1].

59. *Parères.—Actes de notoriété.*—Quoique les juges de commerce jouissent d'une précieuse expérience, cependant lorsque les affaires sont d'une nature étrangère aux opérations qu'ils faisaient personnellement, ils ont besoin de recourir aux lumières de leurs pairs, plus versés qu'eux dans l'objet du litige ; ils ordonnent alors qu'un *parère* sera dressé à la demande des deux parties, ou de la partie la plus diligente. — On sait que les parères, qui sont des certificats signés collectivement par les principaux commerçants, ont pour but de constater ou d'expliquer les usages, et ne valent que comme renseignements. Ils ont plus ou moins de valeur suivant la renommée dont jouissent ceux qui les ont délivrés ; et ceux qui émanent des chambres de commerce ont une influence d'autant plus légitime que ces corps sont institués pour surveiller incessamment l'ensemble des opérations commerciales.

Les tribunaux de commerce ont fréquemment l'occasion d'appliquer la législation des pays étrangers ; pour la connaître d'une manière positive, ils demandent aux parties de produire des consultations de jurisconsultes honorablement connus dans les pays dont la législation est l'objet de la difficulté. — Ces consultations s'appellent *actes de notoriété*.

Aujourd'hui la diffusion des lois et coutumes des principales nations commerçantes permet aux magistrats de puiser leur conviction dans les textes, et rendent moins nécessaires ces actes de notoriété. C'est là un résultat important, un véritable service rendu par ceux qui s'occupent de l'étude des législations comparées.

60. *Serment.*—Lorsque les moyens de preuve que nous venons d'analyser ont été insuffisants ou n'ont pu être ordonnés, il est encore un élément qui peut aider à la découverte de la vérité : c'est le serment.

Le Code civil trace si clairement les cas où le serment peut être ordonné, et les effets qu'il doit produire, le Code de proc. en détermine si nettement les formes, que nous devons nous borner à reproduire ici leurs diverses dispositions.

«Art. 1357, Code civil.—Le serment judiciaire est de deux espèces :

» 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé *décisoire*.

» 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre des parties.

» § Ier. *Du serment décisoire.* Art. 1358. Le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

» Art. 1359. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère.

» Art. 1360. Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

» Art. 1361. Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse, ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé, et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

» Art. 1362. Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

» Art. 1363. Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

» Art. 1364. La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

» Art. 1365. Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré, ou contre lui,

---

aux cahiers, brouillons, mains-courantes ou autres écritures qui se trouvent dans la faillite et sont propres à établir la position du failli à l'égard des tiers. Il en est de même des lettres missives. (Brux., 2 nov. 1848 ; *J. de Br.*, 1843, 71.

[1] Rennes, 8 fév. 1813.

et au profit de ses héritiers et ayants cause, ou contre eux.

» Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

» Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions.

» Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs.

» Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal.

» Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette et non sur le fait de la solidarité du cautionnement.

» § II. *Du serment déféré d'office.* Art. 1366. Le juge ne peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation.

» Art. 1367. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les conditions suivantes : il faut,

» 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée ;

» 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

» Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.

» Art. 1368. Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.

» Art. 1369. Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.

» Le juge doit même en ce cas déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. »

« Art. 120. Code de proc. — Tout jugement qui ordonnera un serment dénoncera les faits sur lesquels il sera reçu.

» Art. 121. Le serment sera fait par la partie, en personne et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, le serment pourra être prêté devant le juge que le tribunal aura commis, et qui se transportera chez la partie, assisté du greffier.

» Si la partie à laquelle le serment est déféré est trop éloignée, le tribunal pourra ordonner qu'elle prêtera le serment devant le tribunal du lieu de sa résidence.

» Dans tous les cas le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée par acte d'avoué à avoué, et s'il n'y a pas d'avoué constitué, par exploit contenant l'indication du jour de la prestation. »

61. Le serment, étant un acte religieux, doit être prêté selon la religion de celui qui le prête. — Ainsi un juif doit jurer *more judaico* [1].

62. Quand la partie à laquelle le serment a été déféré ou référé vient à décéder avant d'avoir pu le prêter ainsi qu'elle en avait manifesté l'intention, elle est présumée avoir persévéré dans cette volonté et l'avoir accomplie. Ses héritiers ou ayants cause en recueillent tous les avantages [2].

63. *Présomptions graves, précises et concordantes.* — En matière commerciale, l'existence d'une créance, la libération d'une obligation, peuvent résulter de présomptions graves, précises et concordantes, dont l'admissibilité est laissée à la conscience du juge.

Ainsi jugé :

1° A l'occasion des suppositions alléguées dans les lettres de change [3];

2° A l'occasion de simples présomptions déclarées admissibles pour établir que l'endosseur d'un effet de commerce est réellement étranger à la négociation de l'effet, contrairement à la preuve écrite résultant de l'endossement [4];

3° Dans des espèces diverses à l'occasion des créances commerciales ordinaires [5];

4° Dans les cas où il s'agit d'établir que des effets de commerce existants dans le portefeuille d'un failli lui avaient été remis pour servir au payement de billets tirés à son domicile, circonstance qui en autorise la revendication par le propriétaire [6].

64. *Récusation.* — *Prise à partie.*—L'art. 378 du Code de proc. dit que « *tout juge* peut être récusé. » — L'art. 505 déclare aussi que « *les*

---

[1] Toullier, tome X, n° 451;—Merlin, *Quest.*, v° *Serment*, § 1er;— Delvincourt, tome VI, page 98; — Favard, *Répert.*, v° *Enquête*, sect. 1re, § 4, n° 2, et v° *Serment*, sect. 3e, § 1er, n° 23;—Rolland de Villargues, *Rép.*, v° *Serment*, nos 30 et 31; —Carnot, *Comm. du Code d'instr. crim.*, tome 1er, page 104; —Legraverend, *Législat. crim.*, tome 1er, page 267, n° 109; — Duranton, tome XIII, n° 593; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 516 et 518; — Berriat, titre *des Prestations de serment*, note 6; — Thomine, n° 136; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 290, —Boncenne, *Théorie de la proc.*, tome 1er, page 133;—Despréaux, n° 98.

[2] Douai, 26 mai 1814 (S.-V., 15, 2, 234):—Aix, 13 août 1829 (S.-V., 29, 2, 286). — Dumoulin, L. III, *C. de jurejurando*; — Lapeyrière, lettre S, page 418: — Demiau, page 106;—Toullier, tome X, n° 385.—Despréaux, n° 99.

En sens contraire : Limoges, 19 mars 1839 (S.-V., 40, 2, 24); —*le Praticien français*, tome 1er, page 388; — Thomine, n° 138;—Boncenne, tome II, pages 134 et suiv.;—Carré, n° 511,—Bioche, v° *Serment*, n° 25, page 204.

[3] Brux., 28 juin 1810 (S.-V., 10, 2, 394);—cass., 1er août 1810 (S.-V., 13, 1, 453);—Brux., 3 juill. 1812 (S.-V., 14, 2, 45); —Brux., 10 déc. 1812 (Merlin, *ubi infra*) —cass., 20 juin 1816;—Bordeaux, 21 fév. 1834 (S.-V., 31, 2, 440).—Merlin, additions, tome XVI, v° *Lettre de change*, tome XVI, § 2, n° 2 *bis*, art. 5, page 638; Locré, note sous l'art. 110, Code comm.; — Pardessus, n° 459;—Horson, quest. 46; — Dalloz, *Dict.*, v° *Lettre de change*, sect. 1re, § 10, n° 3; — Notre *Traité des lettres de change*, liv. III, chap. IV, 4e section, n° 1, et à l'appendice, quest. 81.

[4] Cass., 28 mars 1821 (S.-V., 22, 1, 17).

[5] Cass., 26 août 1835 (S.-V., 36, 1, 127); — cass., 29 déc. 1835 (S.-V., 36, 1, 751);—cass., 27 janv. 1836 (S.-V., 36, 1, 751, en note;—cass., 31 mai 1836 (S.-V., 36, 1, 857).

[6] Cass., 25 mai 1837 (S.-V., 37, 1, 496).

juges peuvent être pris à partie. » — Les membres des tribunaux de commerce étant de véritables juges, il est hors de doute que leur récusation peut être formée et que la prise à partie peut être tentée contre eux, dans les circonstances et suivant les formes établies par la loi [1].

La récusation est régie par les art. 378 à 396 du Code de proc., et les formalités de la prise à partie sont écrites dans les art. 505 à 516 du même Code.

Ces procédures sont si rares, qu'il est inutile de les examiner avec quelque détail.

65. En résumé, de ce qui précède on peut tirer cette conséquence, que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour prescrire toutes les mesures d'instruction, pour admettre tous les éléments de preuve usités devant les tribunaux civils. Il faut que dans les instances commerciales comme dans les autres, la vérité puisse jaillir du débat, et que, si elle est entourée d'un voile, elle puisse être recherchée toujours, en tous lieux et dans tous les actes. Sans cela, la juridiction consulaire serait une institution vicieuse, incomplète, et serait avec raison désertée (Teulet, note 49, sous l'art. 442 du Code de proc. civ., tome II, page 222.)

66. *Plaidoiries. — Huis clos.* — Les plaidoiries seront publiques, excepté dans le cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes. Pourra cependant le tribunal ordonner qu'elles se feront à huis clos si la discussion publique devait entraîner du scandale ou des inconvénients graves; mais, dans ce cas, le tribunal sera tenu d'en délibérer et de rendre compte de sa délibération au procureur général près la cour royale; et, si la cause est pendante devant une cour royale, au ministre de la justice.

L'art. 87 du Code de proc. que nous venons de transcrire s'applique en toutes ses parties aux tribunaux de commerce. (Locré, tome VIII, page 86; — Carré, *Lois de la proc.*, n° 525.)

CHAPITRE III.

COMMENT LA DEMANDE EST JUGÉE.

PREMIÈRE SECTION.

Des diverses espèces de jugements.

SOMMAIRE.

Indication des diverses espèces de jugements. — Plan de ce chapitre.

On connaît en procédure diverses espèces de jugements; aux tribunaux de commerce, comme aux autres tribunaux, appartient le droit de les rendre. — Dans les huit paragraphes suivants, nous allons dire quelques mots des jugements par défaut, provisoires, préparatoires ou interlocutoires, définitifs, et d'expédients; nous parlerons aussi des jugements qui accordent un délai pour leur exécution, des dommages-intérêts, et des condamnations aux dépens.

§ Ier.

Des jugements par défaut.

SOMMAIRE.

1. Dans les juridictions consulaires, on ordonnait la réassignation du défaillant avant de donner défaut. — Arrêt de la cour de cassation, opinion de E. Vincens. Cet usage est aujourd'hui aboli : art. 434 du Code de proc.
2. Défaut — congé contre le demandeur non comparant :

[1] Lepage, *Quest.*, page 254; — Thomine, n° 426; — Carré, *Lois de la proc.*, tome III, quest. 1365, page 335; — Orillard, n° 101; — Favard, v° *Récusation*, page 762; — Bioche, v° *Récusation*, tome IV, n° 2, page 499.

il est donné sans examen de sa prétention. — Le défaut pur et simple contre le défendeur ne peut être prononcé, au contraire, que si les conclusions du demandeur se trouvent justes et bien vérifiées. — Discussion au corps législatif.

3. Cas où plusieurs parties sont citées pour le même objet à différents délais. — Art. 151.

4. Devant la juridiction commerciale le *défaut profit-joint* est-il admis? — Raisons dans le sens de l'affirmative. — Citation d'un arrêt de la cour de cassation. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

Raisons dans le sens de la négative. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Cette dernière opinion me paraît préférable.

5. Par qui et où les jugements par défaut sont signifiés. Utilité de la disposition qui ordonne au tribunal de commettre un huissier. — Discussion au corps législatif. — Espèce singulière.

6. Les tribunaux de commerce peuvent, en vertu de l'art. 156, déléguer la commission de l'huissier au juge du domicile du défaillant qui demeure au loin. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

Usage du tribunal de commerce de Paris.

7. Disposition de l'art. 435 qui exige que la signification du jugement par défaut contienne, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est pas domicilié.

8. Le défaut d'élection de domicile vicie la signification et non le jugement.

De même, dans le cas où le jugement ne prononce aucune condamnation susceptible d'exécution matérielle. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

9. L'art. 643 du Code de comm. n'a pas abrogé l'article 435 du Code de proc., qui ordonne l'élection de domicile. — Arrêt de la cour de Bruxelles, opinion des auteurs.

10. Distinction entre l'élection de domicile prescrite par l'art. 422 et celle prescrite par l'art. 435. — Opinion des auteurs.

11. Les jugements par défaut devant être signifiés à personne ou à domicile réel, serait nulle la signification faite au domicile élu dans un effet de commerce. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

12. Dans quels délais les jugements par défaut sont exécutoires. — Ce n'est pas avant le troisième jour à partir de la signification. — Opinion des auteurs.

13 à 15. Dans quels délais les jugements par défaut doivent être et sont réputés exécutés. — Art. 156, 158 et 159. — Espèces diverses. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

16. La péremption des jugements par défaut faute d'exécution dans les six mois, laisse subsister la procédure. — Jurisprudence, opinion des auteurs. — Renvoi à la deuxième partie, liv. III, chap. III, 2e section.

17. De l'opposition aux jugements par défaut. — Dans quel délai elle doit être formée. — Art. 157.

Devant les tribunaux de commerce existe-t-il des défauts *faute de comparaître* et *faute de plaider*? Discussion dans le sens de l'affirmative. — Citation de deux arrêts de la cour de cassation. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

18. La péremption frappe même les jugements qui déclarent la faillite d'un commerçant. — Jurisprudence.

19. Disposition particulière de l'art. 580 du Code de comm. en ce qui concerne les jugements déclaratifs de faillite. — Opinion des auteurs.

20 à 25. Comment l'opposition doit être faite. — Opposition signifiée par acte spécial : faite par déclaration sur procès-verbal. — Dans quel délai elle doit être réitérée. — Conséquences du délai de réitération. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

26 à 28. Effets des oppositions.

29. Les tribunaux de commerce peuvent, comme les tribunaux civils, ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements par défaut, nonobstant opposition. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

1. *Quand il y a lieu d'accorder un défaut.* — Dans les juridictions consulaires, quand les parties ne comparaissaient pas sur la citation, il était d'usage de les réassigner avant d'aller plus avant. Aujourd'hui cet usage est aboli. Sur la première assignation, les défendeurs doivent se présenter, sinon il est passé outre [1].

Le tribunal procède immédiatement en vertu de l'article suivant :

« Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut, et renverra le défendeur de la demande.

» Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées. » (Art. 434.)

2. Lorsqu'un procès est régulièrement introduit, il peut arriver que l'une des deux parties ne comparaisse pas. L'art. 434 prévoit cette double hypothèse.

Si c'est le demandeur qui est défaillant, comme il n'a pu ignorer l'instance puisque c'est lui qui l'a engagée, il manque de révérence envers les magistrats et il déserte sa propre cause : dans ce cas, un examen, même léger, est inutile. Le défendeur a fait justice de sa prétention, elle doit être, elle est rejetée. Le défendeur gagne son procès, en obtenant ce que l'on appelle un *défaut-congé*.

Si, au contraire, c'est le défendeur qui ne comparaît pas, ni personne pour lui, quoique dûment appelé, le tribunal n'adjuge les conclusions du demandeur que *si elles se trouvent justes et bien vérifiées*. Pour les examiner, il peut ordonner que les pièces seront déposées sur le bureau, et renvoyer le prononcé de son jugement à une audience qu'il indique. — Cette différence est parfaitement équitable. Le défendeur peut n'avoir pas reçu l'assignation, et son absence

[1] Cass., 4 fév. 1808 (S.-V., 6, 1, 153). — E. Vincens, liv. II, chap. III, n° 17, page 134.

n'est point un indice nécessaire de la légitimité de la demande.

C'est ce qui a été nettement établi dans la discussion au corps législatif.

Faure, exprimant les vœux du tribunat sur le projet du Code de procédure, page 34, disait : « Avant l'ordonnance de 1539, tout défendeur qui ne se présentait pas sur l'assignation qu'on lui avait donnée était censé reconnaître la légitimité de la demande, et était toujours condamné sans vérification. On reconnut alors que cet usage était une source d'injustices : il est possible que le défendeur n'ait pas reçu l'assignation, on ne doit pas non plus lui interdire la faculté de s'en rapporter à la prudence des juges, et les magistrats ne doivent rendre aucun jugement qui ne soit fondé sur la conviction qu'ils n'ont rien prononcé que de juste à l'égard de chacune des parties. Aussi, depuis 1539, toutes les lois relatives à la procédure ont-elles consacré les mêmes dispositions sur ce point. »

Treilhard, dans son *Exposé des motifs* au corps législatif, pages 39 et 40, confirmait en ces termes les raisons de la distinction faite par l'art. 434 : « Le défendeur peut ne pas se présenter, que faut-il faire ?

» Au premier coup d'œil, la matière ne paraît présenter aucune difficulté : on doit prononcer contre celui que son absence seule semble condamner. Cette absence cependant peut être excusable et forcée ; elle ne peut d'ailleurs donner un droit à l'adversaire qui n'en aurait pas. Les juges doivent donc regarder comme une de leurs premières obligations celle de vérifier, avant de l'adopter, la demande de la partie qui se présente. L'extrême confiance dans la justice et dans la sagacité du juge a peut-être seule empêché que le défendeur ne comparût : devait-il être puni de ce sentiment, si honorable pour le tribunal ? »

3. « Lorsque plusieurs parties auront été citées pour le même objet à différents délais, il ne sera pris défaut contre aucune d'elles qu'après l'échéance du plus long délai. » Art. 151 du Code de proc.

4. *Devant la juridiction commerciale, le* défaut profit-joint *peut-il être admis ?* — En d'autres termes, *lorsque plusieurs parties ont été assignées pour le même objet et dans la même instance, le tribunal de commerce doit-il, comme le tribunal civil, suivre les dispositions de l'art. 153 du Code de proc., et donner défaut contre les défaillants, pour le profit être adjugé lors du jugement à rendre avec les comparants ?*

Cette question est grave parce qu'elle touche à la pratique de tous les jours.

L'art. 153 prescrit quatre mesures qui doivent être exécutées concurremment ; les voici :

Lorsque parmi les défendeurs, les uns comparaissent et les autres sont défaillants, le tribunal commence par rendre un jugement de *jonction des causes* ; — puis il donne contre les défaillants défaut, dont le profit sera adjugé lors du jugement à intervenir avec les parties présentes par dérogation aux principes généraux ; — l'art. 153 déclare en outre que ce défaut, ainsi joint à un jugement contradictoire, sera réputé définitif, et ne pourra être réformé par voie d'opposition ; — enfin, comme ce défaut a des conséquences plus graves que d'ordinaire, le jugement doit être signifié aux défaillants, avec assignation pour le jour où l'affaire sera débattue entre les parties comparantes.

Ici se présente une opinion qui doit être dès l'abord repoussée : on a voulu distinguer entre le *devoir* et la *faculté*, pour les tribunaux de commerce, d'admettre ou de repousser l'application de l'art. 153. On a dit : Ces tribunaux *peuvent* donner des défauts profits-joints ; mais il n'entre pas dans leur devoir rigoureux d'admettre ces défauts dans toutes les espèces [1].

Cette distinction, qu'il soit permis de le dire, est véritablement étrange. Il n'est pas possible de scinder l'art. 153. De deux choses l'une : ou les profits joints sont admissibles en juridiction commerciale, et alors ils sont forcés de les prononcer toutes les fois qu'il y échet ; ou bien, au contraire, les profits-joints ne sont pas forcés, et alors ils ne sont admissibles dans aucun cas. En effet, les termes de l'art. 153 sont impératifs, s'appliquent à tous les cas et ne laissent pas l'option aux tribunaux : ceci est élémentaire devant les tribunaux civils. Dans quel texte de loi trouverait-on pour les tribunaux de commerce le germe d'une semblable extension de pouvoirs ?

Le véritable siége de la discussion est entre ceux qui veulent toujours écarter de la juridiction commerciale l'art. 153, et ceux qui veulent au contraire, l'y introduire toujours.

Pour ce dernier système on a dit :

D'abord, la marche indiquée par l'art. 153 est fondée sur l'utilité d'abréger les procès, et sur ce que les intérêts des défaillants étant de même nature que ceux des comparants, ils peuvent obtenir gain de cause ou succomber avec ceux-ci. Cette simplicité de procédure s'adapte à merveille devant les tribunaux de commerce.

Ensuite, l'art. 643 du Code de comm., en déclarant communs à leur juridiction les art. 156, 158 et 159 du Code de proc., n'exclut pas les autres règles qui ne sont pas incompatibles avec l'institution consulaire. L'arrêt de la cour de cassation du 29 juillet 1819 (S.-V., 20, 1, 55), l'a décidé en ces termes : « Attendu que les art. 642 et 643 du Code de comm., en renvoyant, pour la forme de procéder devant les tribunaux de commerce, à certains articles du Code de procédure, n'excluent pas les autres articles de ce Code qui n'ont rien d'incompatible avec l'organisation et la compétence de ces tri-

[1] Despréaux, nos 45 et 46.

bunaux, et qu'ainsi les jugements attaqués ont pu sans excès de pouvoir appliquer l'art. 153 du Code de proc. civ.... [1]. »

On répond et avec raison suivant moi :

En premier lieu, il est parfaitement exact de dire que les règles générales de la procédure sont applicables aux tribunaux de commerce, lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec les règles spéciales de leur juridiction. Mais, dans la difficulté particulière, il est une nuance qu'il faut saisir. Quelle pensée dirigeait le législateur lorsqu'il décrétait l'art. 643 du Code de comm.? Il voulait reviser, en partie du moins, l'art. 436 du Code de proc., relatif aux jugements par défaut. Éprouvant le besoin de revenir aux délais et aux formes ordinaires, il a rappelé dans l'art. 643 celles des dispositions concernant les jugements par défaut qui devraient être suivies dans les instances commerciales. C'est à ce titre qu'il a fait renvoi aux art. 156, 158 et 159. S'il avait entendu que l'art. 153, qui règle aussi les effets, les formes et les délais des jugements par défaut, serait commun aux deux juridictions, aurait-il oublié de le dire? Ici, le silence gardé sur l'applicabilité de l'art. 153 semble non pas une omission, mais une exclusion.

En deuxième lieu, croire que les défauts profits-joints sont toujours une manière d'accélérer le terme des procédures, ce serait une erreur. En général, les défendeurs qui ne comparaissent pas sont sans intérêt réel dans la contestation, soit parce qu'ils ont des garanties à exercer, soit parce que leur insolvabilité leur fait peu redouter une condamnation. Au contraire, les comparants qui entrent dans la lice pour contester la demande, doivent être plus immédiatement frappés par le jugement à intervenir. Si le terme de l'instance est, par le profit-joint, plus vite atteint contre les défaillants, il est par lui retardé à l'égard des contestants. Or, mieux vaut pour le commerçant prompte condamnation des bons débiteurs, achetée par le retard de la condamnation des autres obligés, que la prompte condamnation des mauvais débiteurs achetée par le retard du jugement contre les débiteurs de bon aloi.

D'ailleurs, la célérité des formes de procédure n'est pas le seul résultat à envisager dans les affaires commerciales : il faut encore simplifier autant que possible le mécanisme de la procédure, et, tandis que rien n'est plus simple qu'un défaut ordinaire, les défauts profits-joints entraînent après eux (les recueils de jurisprudence nous l'enseignent) un cortége de difficultés qui se résolvent en incidents sur la nullité des exploits, sur l'omission des délais et sur d'autres sujets étrangers aux juges consulaires.

Enfin, devant les tribunaux de commerce il faut aussi tenir compte de l'économie dans les frais. En matière civile, la réassignation des défaillants n'augmente qu'imperceptiblement la masse des dépens. La constitution des avoués, leurs vacations, leurs requêtes, voilà ce qui la constitue. En matière commerciale, comme il n'existe ni requête, ni avoués, ordonner une seconde assignation, prescrire vis-à-vis de chaque partie l'obtention de deux jugements alors qu'un seul suffira, à l'égard de plusieurs défendeurs, c'est méconnaître le principe constitutif de l'institution des tribunaux de commerce.

En résumé, dans les instances commerciales, lorsqu'il se trouve à côté de parties comparantes des défendeurs défaillants, il nous semble plus facile, plus rapide, moins coûteux, plus conforme à la juridiction commerciale et à l'esprit de la loi, de juger contradictoirement les prétentions des comparants et de prononcer contre chacun des défaillants un défaut pur et simple [2].

5. Par qui et où les jugements par défaut sont signifiés.— L'art. 156 du Code de proc., auquel il est renvoyé par l'art. 642 du Code de comm., porte la disposition suivante : « Tous jugements par défaut contre une partie qui n'a pas d'avoué seront signifiés par un huissier commis soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné. »

Les cours de Besançon, de Caen, de Colmar, d'Agen, de Rennes, de Rouen, s'élevèrent contre cette disposition ; elles disaient qu'il était inutile de commettre un huissier, la loi les commettant tous également ; qu'il semblait plus naturel de laisser aux parties le soin du choix des huissiers qu'elles sont obligées d'employer et de payer ; que l'affection des juges pourrait constituer une classe d'huissiers privilégiés ; qu'enfin, la pensée de l'article était offensante pour la corporation en soupçonnant des officiers ministériels d'infidélité dans la remise des copies.

L'orateur du conseil d'État, Treilhard, répondit à ces observations :

« Je dois découvrir sans ménagement une grande plaie de l'ordre judiciaire ; il n'est que trop souvent arrivé qu'un huissier prévaricateur a manqué de donner une copie de son exploit à la personne qu'il assigne ; c'est ce qu'on appelle en langue vulgaire, *souffler une copie*. L'infortuné qu'on a dû citer ne peut pas se montrer sur une interpellation qu'il ignore : on prend

[1] Cass., 26 janv. 1819 (S.-V., 20, 1 55) ;—Colmar, 20 juin 1837 ;—Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1542 ; et 621, *quinquies* ;—Pigeau, *Comment.*, tome Ier, page 726 ; —Favard, v° *Jugement*, sect. 1re, § 3, n° 12 ;—Pardessus, n° 1380.

[2] Aix, 11 déc. 1824 (S.-V., 25, 2, 412) ;—Angers, 3 août 1835 (S.-V., 27, 2, 49) ;—Lyon, 25 fév. 1828 (S.-V., 28, 2, 161) ;—cass. 26 mai 1829 (S.-V., 29, 1, 248). — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 242 ;—Thomine, n° 179) ;—Merlin, *Répert.*, v° *Consuls* ; —Locré, tome IX, part. 2, élém. 30, rapport de M. Girardin ;—Boitard, 2-4, sur l'art. 337.

contre lui nn jugement par défaut; si la prévarication se prolonge, on lui soustrait encore la copie de la signification du jugement; il vit dans une sécurité profonde, et, lorsque tous les délais pour se pourvoir sont écoulés, le malheureux peut être écrasé par une procédure dont il n'a pas même soupçonné l'existence.

» On a dû s'occuper sérieusement du remède à nn mal qu'on n'a pu se dissimuler : je crois pouvoir annoncer que l'abus, ou plutôt le délit, est écarté sans retour.

» ..... Quelques personnes semblaient craindre que la précaution de faire signifier par un huissier commis à cet effet, n'altérât la confiance dans le ministère des huissiers et ne tendît à diminuer la portion de considération due à cet état.

» Ces inquiétudes sont mal fondées, et l'on tirerait une conséquence peu juste d'une mesure très-sage.

» Sans doute, l'exercice pur et sans tache de tous les états assure des droits à l'estime publique. Est-ce un motif pour fermer les yeux sur un abus dont on est le témoin et pour empêcher qu'on y porte remède? Si des officiers peu délicats peuvent gémir des précautions que nous avons prises, je ne crains pas de le dire, tous ceux qui méritent en effet l'estime se féliciteront d'une règle qui dissipera sans retour des nuages fâcheux élevés sur une profession qu'ils honorent. » (*Exposé des motifs*, pages 40 à 42.)

L'abus signalé par Treilhard était réel; mais il aura plus rarement les effets désastreux qui furent exposés. — Aujourd'hui, quand la partie n'a point comparu, ni personne pour elle, les jugements par défaut peuvent être frappés d'opposition *jusqu'à l'exécution*. Si donc la copie d'une assignation et la copie du jugement étaient frauduleusement soufflées, l'huissier ne pourrait supprimer les actes d'exécution et les dérober à la connaissance de celui qui en est l'objet. Averti par ces actes d'exécution, il serait toujours admis à faire valoir ses droits.

Sous ce rapport, la disposition de l'art. 156 serait moins nécessaire. Cependant la fraude, ou tout au moins la négligence, est encore possible, et la disposition de l'art. 156 conserve un grand caractère d'utilité. L'espèce suivante, qui a fait l'objet d'un procès, va en fournir la démonstration. Elle va prouver que les actes d'exécution pourront être ignorés du défaillant, et que dès lors il est véritablement intéressant de surveiller et d'assurer la remise des copies.

Lachèvre remet à Faucher et Huss, ses créanciers, un billet, non souscrit mais endossé par lui : à l'échéance le souscripteur est en faillite et le payement n'est pas effectué. Simple endosseur, Lachèvre n'est tenu de rembourser qu'à défaut du souscripteur, et après protêt notifié dans la quinzaine; passé ce délai, il est libéré. — Faucher et Huss font en effet protester, et, sachant que l'endosseur demeurait *rue de la Victoire, dans une maison de bains*, ils donnent cette indication à leur huissier habituel. Cet huissier se transporte rue de la Victoire, n° 48, *dans la maison des bains, dite des Néothermes*. Par une fatalité, il se trouve que là est domicilié un Lachèvre, auquel, dans la personne du portier, on donne assignation. Or, le véritable débiteur, au lieu d'être aux Néothermes, était domicilié dans une autre maison de bains, occupant dans la rue de la Victoire le n° 36. — Il ignore le défaut de payement; le protêt, l'assignation et un jugement par défaut est rendu contre lui. L'huissier commis, chargé de notifier le jugement, se transporte à son tour aux Néothermes, domicile indiqué par l'assignation, là on lui répond que Lachèvre n'y demeure plus et qu'il est parti sans laisser indication de son nouveau domicile. — Quelques mois s'écoulent; le véritable débiteur, celui qui a endossé l'effet, est retrouvé *rue Hauteville*. Croyant le billet payé depuis longtemps, n'ayant aucune autre opération à régler, il était allé en voyage sans laisser dans son appartement quelqu'un qui pût répondre pour lui. — De son côté, l'huissier, qui croit son débiteur dûment assigné et condamné, survient, se fait ouvrir les portes par autorité de justice, saisit et vend en place publique les meubles et effets du débiteur, qui éprouve moralement et matériellement le plus grave préjudice. — A son retour, il s'adresse à la justice, et quoique la bonne foi de l'huissier et de Faucher et Huss ait été reconnue, ils sont condamnés en 4,000 fr. de dommages-intérêts.

Dans cette espèce, l'intervention de l'huissier commis n'a pu éviter un désastre; une véritable fatalité a tout conduit, et a fait trois victimes.

Mais, au lieu du hasard, supposons nn calcul frauduleux; le même fait, le même préjudice pourrait se renouveler avec des circonstances encore plus sérieuses, si un officier ministériel choisi par le tribunal n'apportait pas, dans la signification des jugements, de garantie de sa prudence et de sa probité.

Ainsi, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, la disposition de l'art. 156 est éminemment sage.

6. Quoique l'art. 435, qui reproduit cette disposition, n'autorise pas les tribunaux de commerce, quand le défaillant demeure au loin, à déléguer la commission de l'huissier au juge du domicile de ce défaillant, cependant ce droit de délégation leur appartient en vertu de l'article 156, dont application est faite à leur juridiction [1].

Pour éviter aux parties les frais d'une requête, le tribunal de commerce de Paris est dans l'usage de désigner lui-même l'huissier qui

[1] Douai, 11 fév. 1828 (S.-V., 28, 2, 105). — Thomine, n° 478 — Demiau, page 313.

doit faire la signification au défaillant domicilié au loin. Dans ce cas, il commet ordinairement l'huissier de la justice de paix. Cette faculté lui est laissée par l'art. 156.

7. L'art. 435, spécialement fait pour les tribunaux de commerce, ajoute une autre formalité à la désignation de l'huissier :

« La signification contiendra, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est pas domicilié. »

L'obligation d'élire domicile dans la commune où la signification est faite, a pour but de fournir au défaillant la facilité d'empêcher l'exécution, soit en se libérant, soit en formant opposition au jugement par défaut.

Les solutions suivantes sont produites par l'interprétation de ce texte :

8. Le jugement ayant été pris suivant les formes, ne peut être vicié par l'omission d'une formalité qui lui est postérieure. — La nullité prescrite par l'art. 438 ne s'applique donc qu'à la signification dans laquelle l'élection du domicile devait avoir lieu : avec cette signification tombent tous les actes d'exécution qui en ont été la suite. Mais, pour comprendre le but et la portée de ce texte, il est nécessaire de faire une distinction.

Certains jugements, ne prononçant aucune condamnation, ne sont pas susceptibles d'une exécution matérielle. Or, comme l'élection de domicile n'a été exigée que pour donner au défaillant la possibilité d'empêcher immédiatement les actes d'exécution, dans ce cas le défaut d'élection n'entraînerait pas la nullité de la signification [1].

9. L'art. 643 du Code de comm., qui déclare l'art. 156 du Code de proc. applicable aux jugements par défaut rendus par le tribunal de commerce, n'a pas abrogé l'art. 435, qui ordonne la formalité de l'élection, dont l'art. 156 ne parle pas [2].

10. On a vu dans le chapitre précédent que, lorsque les parties comparaissent, et qu'à la première audience il n'intervient pas de jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siége le tribunal sont tenues d'y faire élection de domicile. Cette disposition de l'article 422 a pour objet de faciliter l'*obtention* du jugement. — L'élection de domicile, ordonnée par l'art. 435, ne peut être confondue avec la précédente : elle a pour objet de faciliter l'*opposition* au jugement, et, au lieu d'être faite sur le plumitif de l'audience antérieurement audit jugement, elle est indiquée dans sa signification [3].

11. Les jugements par défaut doivent être signifiés à la personne du défaillant, ou à son domicile réel.

Ici se présente la question de savoir si la signification d'un jugement par défaut portant condamnation au payement d'un effet de commerce, est valablement faite au domicile élu dans cet effet pour le payement.

La négative a été décidée par trois arrêts [4].

12. *Dans quels délais les jugements par défaut sont exécutoires.*—L'art. 435, dans son deuxième paragraphe, déclare que les jugements par défaut seront exécutoires un jour après la signification, et jusqu'à l'opposition.

Legras, page 18, et Boucher, page 85, appliquant le principe général écrit dans l'art. 1033, décident que le jugement n'est ici exécutoire que le quatrième jour, à partir de la signification. Suivant eux, le jour de la signification et celui de l'échéance ne comptent pas. — C'est une erreur évidente. — En effet, l'art. 435 porte lui-même la franchise du délai, lorsqu'il déclare que l'exécution pourra être faite *un jour après la signification*. De ces mots, il faut conclure qu'il y a dérogation formelle à l'article 1033, et que le jugement est exécutoire le surlendemain de la signification, c'est-à-dire le troisième jour [5].

13. *Dans quels délais les jugements doivent être et sont réputés exécutés.*—L'art. 156 déclare que : « Tous jugements par défaut *contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué*..... seront exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus. » — Puis l'article 158 ajoute que, « si le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution. » Il fallait donc définir les cas où l'exécution est réputée consommée : c'est ce que fait l'art. 159 en ces termes : « Le jugement est réputé exécuté, lorsque les meubles saisis ont été vendus, ou que le condamné a été emprisonné ou recommandé, ou que la saisie d'un ou de plusieurs de ses immeubles lui a été notifiée, ou que les frais ont été payés, ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante. »

Dans ce dernier article, le législateur prévoit quatre cas spéciaux, et pose une règle générale.

---

[1] Cass., 29 janv. 1819 (S.-V., 20, 1, 158).—Thomine, n° 479; —Chauveau, sur Carré, quest. 1544.—Pardessus, n° 1381; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, tome V, n° 248.

[2] Brux., 15 mai 1811 (S. V., 14, 2, 388). — Pigeau, *Comm.*, tome 1er, page 727;—Boitard, 2, 138; — Thomine, n° 478. — —Carré, quest. 1544; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 248.

[3] *Ann. du not.*, tome II, pages 518 et 519; — Carré, *loc. cit.*

[4] Colmar, 10 fév. 1809;—Colmar, 17 mai 1828 (S.-V., 28, 2, 227).—Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 1543.

[5] *Ann. du not.*, tome II, page 519. — Demiau, page 313; — Hautefeuille, page 242; — Locré, tome IX, page 510; — Bioche, v° *Trib. de comm.*, n° 251; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 727; — Thomine, n° 478; — Carré, n° 364; —Chauveau, sur Carré, *loc. cit.*, en note.

1° La saisie des meubles ne suffirait pas : le débiteur peut avoir été absent quand la saisie a été pratiquée [1].

Mais après ce commencement d'exécution, des délais s'écoulent, des affiches sont apposées, le scandale de la saisie établit une sorte de notoriété, que complète le transport des meubles et leur vente en place publique : si donc le débiteur ne s'oppose pas à la consommation de l'exécution, après des actes semblables, il y a de sa part une telle négligence, que la loi déclare, avec raison, le jugement réputé exécuté.

Remarquons que le récolement, après une première saisie, est compris dans le mot général de saisie des meubles, et que s'il est suivi de la vente des meubles, il a l'effet d'exécuter le jugement [2].

2° Quand le débiteur est emprisonné ou recommandé en vertu du jugement, il existe non plus une présomption, mais une preuve formelle que l'existence du jugement a été connue.

3° La saisie des immeubles nécessite une longue filière de procédures, des délais considérables et une grande publicité. — Dans ce cas encore, le silence du débiteur est le résultat d'une inconcevable négligence, et est pris pour un acquiescement.

4° Le payement des frais est, comme l'incarcération du débiteur, la preuve directe de la connaissance du jugement, lorsque ce payement a été fait par lui. Mais si ces frais ont été acquittés sans qu'il l'ait su, par exemple à l'aide d'une retenue, l'exécution ne serait pas consommée [3].

5° Hors ces cas, il faut, pour que l'exécution soit réputée consommée, qu'il existe un acte qui indique *nécessairement* que le défaillant a connu l'exécution du jugement.

14. Cependant il faut distinguer :

Quand il s'agit de décider si la péremption du jugement est acquise, on ne peut faire aux parties un reproche de leur inertie, qui est le résultat forcé des circonstances. Ainsi, lorsque le défaillant est absent, comment l'emprisonner? Lorsqu'il n'a point d'immeubles, comment lui en notifier la saisie? Lorsqu'il n'a point de meubles, comment les saisir et les vendre? Lorsqu'il n'a aucunes ressources, comment le forcer à payer les frais? Lorsqu'il n'a point de domicile, et qu'il se cache, comment lui faire connaître l'existence du jugement? Et, s'il n'existe aucuns moyens d'accomplir ces cinq conditions de la loi, serait-il juste de prononcer la péremption? — Dans ce cas, on doit demander compte à celui qui est fondé en jugement, seulement des actes qu'il a pu faire : à l'impossible nul n'est tenu.—C'est d'après cette maxime si équitable que nous déclarerions le jugement à l'abri de la péremption :

1° Quand une partie n'a ni domicile ni résidence connus en France, et que le jugement a été suivi de signification et de commandement à fin d'exécution, notifiés conformément au § 8 de l'art. 69 du Code de proc. [4] ;

2° Quand le défaillant n'ayant ni meubles ni immeubles, et ne pouvant être appréhendé au corps, ni exécuté d'aucune autre manière, il est intervenu un procès-verbal de carence ;

3° Quand la faillite du défaillant, ayant été déclarée, ses meubles et autres effets ont été mis sous scellés [5];

Mais, au contraire, s'agit-il de déclarer l'opposition non recevable, comme il s'agit de la perte d'un droit, comme le défaillant ne peut en être déchu que par un fait à lui personnel, l'impossibilité où le créancier se serait trouvé d'agir ne suffirait pas, et il faudrait s'en tenir rigoureusement aux termes de l'art. 159.

Nous tiendrions l'exécution pour constante dans les espèces suivantes :

1° Si la saisie des meubles, étant faite, n'a point été suivie de vente, parce que le débiteur, intervenant, a prié de ne pas accomplir cette vente [6] ;

2° Si un acquiescement, donné par lettre ou autrement, démontre la connaissance que le défaillant a eue du jugement [7].

15. Quoique les tribunaux soient en général juges souverains des questions d'intention, cependant il s'agit de rapprocher les circonstances du fait des dispositions de la loi, et la déclaration, faite à contre-temps, qu'un jugement est ou non périmé, qu'une opposition est ou non recevable, constituerait non-seulement un mal jugé, mais encore une erreur de droit qui donnerait ouverture à cassation [8].

16. La péremption qui frappe les jugements par défaut non exécutés dans les six mois laisse subsister la procédure [9].

17. *De l'opposition aux jugements par défaut.*—

[1] Trèves, 13 fév. 1811 (S.-V., 11, 2, 452); — Limoges, 22 juill. 1839 (S.-V, 40, 2. 16).

[2] Cass., 23 mars 1825 (S.-V., 26, 1, 18).

[3] Cass., 7 déc. 1836 (S.-V., 37, 1, 422).

[4] Bordeaux, 21 déc. 1838 (S.-V., 38, 2, 202).

[5] Rouen, 21 nov. 1826.

[6] Paris, 23 juin 1810 (S.-V., 14, 2, 212); — Montpellier, 20 août 1810 (S.-V., 11, 2, 283). — Pardessus, tome V, n° 1381.

[7] Rennes, 16 août 1813. — Bioche, v° *Jugement par défaut*, n° 242.

[8] Cass., 23 juin 1834 (S.-V., 34, 1, 395).

En sens contraire : Cass., 1er mai 1823 (S.-V., 23, 1, 360); — Cass., 23 mars 1825 (S.-V., 26, 1, 18).

[9] Limoges, 10 mai 1819 (S.-V., 21, 2, 62); — Paris, 25 fév. 1826 (S.-V., 26, 2, 291); — Paris, 1er mars 1832 (S.-V., 32, 2, 317); — Bordeaux, 20 fév. 1835 (S.-V., 35, 2, 265). — Carré, n° 648 ; — Boncenne, tome 1er, page 165 ;— Thomine, n° 181 ; —Dalloz, tome XVIII, page 423 :— Sauter, page 236 ; — Berriat, page 471 ; — Merlin, *Répert.*, v° *Péremption*, sect. 2, § 1er, n° 18 ; — Favard, v° *Jugement*, tome III, page 178 ; — Pigeau, *Comment.*, tome 1er, page 356. — Reynaud, *de la Péremption*, n° 160 ; — E. Cadrès, tit. VII, page 116. — Voir *supra*, 2e part., liv. III, chap. III, 2e sect., § 1er, n° 28.

Dans quel délai elle doit être formée. — Quoique le tribunal, avant de donner défaut, examine si les conclusions du demandeur sont justes et bien vérifiées, cependant, comme il n'entend que les explications de l'une des parties, comme ses pièces seules lui passent sous les yeux, il est évident que tout le désavantage est pour le défaillant, dont la condamnation est presque certaine.

Aussi, ces condamnations ne sont pas définitives. Le défaillant peut les remettre en question en frappant d'opposition les jugements par défaut.

Nous venons de voir que l'art. 158 donne jusqu'à l'exécution pour attaquer par voie d'opposition les jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas d'avoué.

L'art. 157 dit : « Si le jugement est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. »

Ce sont les règles diverses de cette opposition que nous allons rechercher.

Cette disposition est-elle applicable aux jugements rendus par les tribunaux de commerce? En d'autres termes : *Devant ces tribunaux, existe-t-il, comme devant les tribunaux civils, des défauts* faute de comparaître, *et des défauts* faute de plaider?

Le doute naît de deux circonstances : d'abord de l'absence des avoués devant les tribunaux de commerce; ensuite, de ce que l'article 643 du Code de comm., en faisant renvoi à certaines règles du Code de procédure, mentionne les art. 158 et 159, et ne parle pas de l'art. 157.

Cependant, en se reportant à la discussion de la loi, en se pénétrant de ses motifs, il est difficile de ne pas résoudre affirmativement ces difficultés.

Dans l'ancienne comme dans la nouvelle législation, on reconnaît deux sortes de jugements par défaut. Les défauts *faute de plaider*, les défauts *faute de comparaître* : les derniers sont susceptibles d'opposition jusqu'à l'exécution; les premiers ne peuvent être attaqués que dans le délai de huitaine. Le motif de cette différence est facile à comprendre. Quand la partie ne comparaît pas, on peut supposer qu'elle n'a pas reçu l'assignation, et qu'elle a ignoré l'existence du jugement : alors il est équitable de l'admettre à s'y opposer dès qu'un acte d'exécution vient la lui révéler.—Quand, au contraire, la partie a comparu, par le ministère d'un avoué, il est évident qu'elle a reçu l'assignation; si elle se refuse à plaider, du moins il lui est facile de savoir par son représentant, qui en reçoit la signification, qu'un jugement a été rendu. Dès lors, comme les instances ne peuvent être indéfiniment prolongées suivant les caprices des parties, on ne leur accorde qu'un délai de huitaine pour former leur opposition.

Lorsque la législation s'est occupée des tribunaux de commerce, on proposa de n'admettre l'opposition que pendant le délai de huitaine du jour de la signification, et cette proposition, adoptée sans discussion, devint l'art. 436 du Code de procédure. — Néanmoins, la cour d'appel d'Orléans, dans ses *Observations*, en avait signalé le danger. Elle disait : « On se rappelle la force des motifs qui ont porté les rédacteurs du projet à prolonger la réception des oppositions jusqu'après l'exécution parfaite du jugement : ici (en matière de commerce), où il y a même raison de craindre les surprises, où même il y a cause plus forte en raison du genre d'exécution, on n'accorde qu'un délai très-court, et on ne prend aucune mesure pour s'assurer d'un commencement d'exécution, qui puisse et doive nécessairement avertir le défaillant de l'existence du jugement. » (*Observations sur le projet de Code de procédure*, pages 23 et 24.)

Cette réflexion si juste fut alors négligée.

Cependant l'abus des copies soufflées se multipliait, et Treilhard, dont nous avons transcrit les paroles, faisait l'effrayante peinture des maux que cet état de choses causait au commerce. On résolut d'y remédier. C'est ce que l'on fit dans l'art. 643 du Code de comm., en déclarant que l'art. 158 du Code de proc. serait applicable aux défauts prononcés par les tribunaux de commerce. En ce sens, il a été *dérogé* à l'art. 436; mais cet article n'est pas *abrogé*. L'art. 436 est si peu abrogé, que l'art. 642, formant la règle générale en procédure commerciale, déclare, au contraire, expressément, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie *telle* qu'elle a été réglée par le titre XXV du livre II, 1re partie du Code de procédure. Or, cet art. 436 est compris dans ce titre, si expressément maintenu. Suivant nous, la dérogation consiste en ce que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution quand le défaillant *n'a comparu, ni personne pour lui*. Par là on fait disparaître la possibilité d'une procédure frauduleuse et clandestine, on extirpe jusque dans sa racine un mal qui avait résisté à tous les efforts employés pour le détruire, et l'on accorde un légitime délai à la partie que l'on présume dans l'ignorance des poursuites dont elle est l'objet.

Mais, quand on a satisfait à cette juste nécessité, pourquoi sacrifier les intérêts de l'autre partie? Est-ce que les instances commerciales ne doivent pas être rapidement vidées? Lorsque le défaillant, qui a comparu en personne, par un agréé ou par tout autre mandataire, a évidemment reçu l'assignation, sur quels motifs sérieux admettre pour lui le droit d'opposition jusqu'à l'exécution, c'est-à-dire jusqu'à un terme qu'il reculera indéfiniment, s'il est de mauvaise foi, comme son absence permet de le supposer?

Et, qu'on le remarque, ces considérations

sont puissantes, non pour motiver une réforme de la législation, mais pour expliquer celle qui nous régit aujourd'hui. A nos yeux, le système de la loi se résume ainsi : L'art. 436 prescrit l'opposition dans la huitaine. Cet article subsiste, car une abrogation doit être expresse, et elle ne se trouve dans aucun texte postérieur. L'art. 643 le modifie, il est vrai, mais dans le cas seulement de l'art. 158, c'est-à-dire dans le cas où la partie n'a comparu, ni personne pour elle.

La jurisprudence a longtemps hésité, et la cour de Paris avait surtout consacré le système contraire à celui que nous exposons ici ; mais la cour régulatrice, en cassant la majeure partie de ces décisions, a consacré notre opinion, qui est en ce moment généralement suivie. Qu'il nous soit permis de transcrire deux de ses arrêts, qui, par la force et la diversité de leurs motifs, contiennent des raisons sans réplique.

ARRÊT DU 13 NOVEMBRE 1822.

« Considérant, en droit, que la disposition de l'art. 436 du Code de proc. était générale et qu'elle a été appliquée à tous les jugements par défaut émanés des tribunaux de commerce, soit faute de comparaître, soit faute de plaider, jusqu'à ce qu'elle ait été modifiée ;

» Que cette modification a été faite par les art. 642 et 643 du Code de comm., qui ont déclaré les art. 156, 158 et 159 du Code de proc. applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce; que lesdits art. 156, 158 et 159 ne sont relatifs qu'aux jugements par défaut rendus contre des parties qui n'ont pas constitué avoué, c'est-à-dire rendus par défaut faute de comparaître; que conséquemment ces articles ne sont déclarés applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce que dans la même hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'ils sont rendus faute de comparaître : d'où il résulte que l'article 436 du Code de proc. a seulement été modifié en cette partie, mais non abrogé par l'art. 643 du Code de comm. ;

» Qu'en effet, loin de prononcer aucune abrogation, le Code de commerce ordonne, par son art. 642, qui est, à bien dire, la première partie de l'art. 643, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle est réglée par le Code de procédure civile.

» Qu'il est inutile d'objecter que le Code de commerce n'a pas déclaré applicable aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, l'art. 157 qui statue que si le jugement par défaut est rendu contre une partie qui a un avoué (c'est-à-dire qui a comparu), l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué, et qu'ainsi on ne peut, dans les tribunaux de commerce, distinguer, comme dans les tribunaux inférieurs ordinaires, des jugements par défaut faute de plaider, des jugements par défaut faute de comparaître ;

» En effet, l'art. 157 a été nécessaire pour régler dans les tribunaux inférieurs le temps utile pour former opposition aux jugements par défaut faute de plaider; sans cet article, le Code ne contiendrait aucune disposition sur ce point important ;

» Mais il n'y avait nul besoin de déclarer cet article applicable aux tribunaux de commerce ; pour ceux-ci existait l'art. 436, qui fixait pour tous les cas le délai de l'opposition à huitaine du jour de la signification, et qui, n'ayant été modifié que pour les jugements rendus par défaut faute de comparaître, continuait de régler le temps de l'opposition pour les jugements par défaut faute de plaider, et le réglait de la même manière dont il est réglé pour tous les tribunaux, par l'art. 157 ;

» Casse, etc..... [1]. »

Dans cet arrêt, les dispositions de la loi sont rappelées avec énergie : dans l'arrêt suivant, on va voir déduits avec non moins de puissance les motifs qui ont guidé le législateur.

ARRÊT DU 5 MAI 1824.

« La cour, vu les art. 156, 158 et 436 du Code de proc. ;

» Attendu que, par les art. 156 et 158, les jugements, faute de comparaître, sont seuls réputés non avenus, faute d'exécution dans les six mois de leur date, et sont seuls déclarés susceptibles d'opposition, depuis la huitaine de leur signification jusqu'à leur exécution ; que, par conséquent, les jugements faute de plaider ne sont susceptibles d'aucune de ces mesures ;

» Qu'on ne peut y assujettir les jugements faute de plaider rendus par les tribunaux de commerce, sous prétexte que dans ces tribunaux il n'y a point d'avoués, comme dans les tribunaux civils, mais seulement des agréés qui ne présentent pas la même garantie, puisqu'il y a même raison dans un cas que dans l'autre;

» Qu'en effet si on applique ces mesures aux jugements rendus contre des parties qui n'ont pas constitué d'avoué, et si on ne les a pas étendues à ceux rendus contre des parties qui en ont constitué un, c'est qu'au premier cas on a voulu prévenir les inconvénients qui auraient lieu si les assignations n'étaient pas constamment parvenues aux parties assignées, ce qui peut être à craindre lorsqu'elles n'ont pas constitué d'avoué; au lieu qu'au deuxième cas il y a certitude qu'elles leur sont parvenues puisqu'elles en ont constitué un ; qu'il en est évidemment de même des jugements faute de plaider, rendus par les

[1] S.-V., 23, 1, 279

tribunaux de commerce, contre des parties qui ont comparu par un agréé, ou autre procureur fondé de leur choix, puisqu'il y a même certitude que leurs assignations leur sont parvenues, et que c'est leur faute si elles n'ont pas défendu;

» Et attendu que, dans le fait, les défendeurs ont comparu devant le tribunal de commerce, par le ministère d'un agréé, qui a proposé, de leur ordre, un déclinatoire, dont ils ont été déboutés; que le jugement intervenu, en conséquence, sur le fond, n'a été rendu par défaut contre eux que sur le refus fait par ce mandataire de présenter leur défense; qu'enfin, il leur fut signifié le 1er juin 1818 et qu'ils n'ont formé leur opposition que le 14 juin 1820, c'est-à-dire après le délai de huitaine de la signification; qu'il suit de là que ce jugement ne peut être attaqué par opposition, ni être déclaré nul faute d'exécution, et que l'arrêt qui juge le contraire a violé et faussement appliqué les articles précités du Code de procédure,

» Casse....., » etc. [1].

Malgré les dernières autorités citées à la note ci-dessous, nous tenons pour constant,

1° Que l'opposition doit être formée dans la huitaine de la signification quand il s'agit d'un jugement par défaut de plaider, et que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution, relativement au défaut faute de comparaître;

2° Que la péremption, qui atteint les jugements par défaut non exécutés dans les six mois ne s'applique qu'aux jugements faute de comparaître.

18. *La péremption frappe-t-elle les jugements par défaut faute de comparaître, qui déclarent la faillite d'un commerçant?*

L'art. 156 du Code de proc. est rédigé dans les termes les plus généraux, les plus absolus, et l'art. 643 du Code de comm. le déclare applicable aux jugements rendus par les tribunaux de commerce. Cet article répute périmés tous les jugements par défaut non exécutés dans les six mois. Or, comme la législation spéciale des faillites n'a point, pour cette matière, modifié cette règle générale, il est évident qu'elle doit être suivie. — Les syndics provisoires, nommés par le jugement déclaratif de la faillite, ont donc le devoir de les exécuter dans les six mois, sous peine d'encourir une grave responsabilité : ils ont à faire apposer les scellés, à procéder à la mise en dépôt du failli; en un mot, à accomplir tous les actes qui consolident, par l'exécution, l'existence du jugement [2].

19. En règle générale l'effet des jugements et les délais pour les attaquer ne commencent à courir que du jour de leur signification. — En cas de faillite, il en est autrement : comme la faillite touche profondément à l'état des personnes et par conséquent à l'ordre public; comme il est nécessaire de régler avec promptitude les droits des créanciers atteints par ce désastre des commerçants, le Code de commerce prescrit des règles spéciales dans cette matière exceptionnelle. — L'art. 580, qui remplace l'ancien art. 457, dit : « Le jugement déclaratif de la faillite, et celui qui en fixera l'ouverture à une date antérieure à l'époque de la cessation de payement, seront susceptibles d'opposition de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois. Ces délais courront à partir des jours où les formalités de l'affiche et de l'insertion énoncées dans l'art. 442 auront été accomplies. »

Ainsi, l'affiche au tribunal de commerce et l'insertion dans les journaux du jugement déclaratif de la faillite ou du jugement de *report* font seuls courir le délai de l'opposition, qui est de huitaine pour le failli et d'un mois pour tout autre intéressé; sans l'accomplissement de ces formalités, la signification du jugement serait sans aucune action sur le délai [3].

Il est utile de remarquer que cette disposition s'applique au cas où la faillite a été déclarée d'office ou par défaut. — Si le failli, ou la personne qui veut contester la mise en faillite, avaient été parties dans le jugement rendu contradictoirement avec eux, l'opposition serait non recevable : il ne resterait plus que le droit d'appel, dont le délai serait de quinzaine à compter de la signification.

20. *Comment l'opposition doit être faite.* —

---

[1] S.-V., 24, 1, 275.
Cass., 2 août 1813 (S.-V., 16, 1, 107); — Orléans, 5 mars 1818; — cass., 18 janv. 1830 (S.-V., 20, 1, 195); — Orléans, 16 déc. 1820; — cass. 26 déc. 1821 (S.-V., 22, 1, 174); — cass., 13 nov. 1822 (S.-V., 23, 1, 79); — cass., 3 mai 1824 (S.-V., 24, 1, 275); — Toulouse, 8 mai 1824 (S.-V., 24, 2, 338); — Rouen, 26 nov. 1824; — Paris, 10 nov. 1825; — Metz, 18 fév. 1826; — Paris, 25 fév. 1826; — Paris, 27 déc. 1826; — cass., 7 nov. 1827 (S.-V., 28, 1, 144); — Paris, 9 oct. 1828 (S.-V., 28, 2, 338); — Paris, 23 janv. 1829; — Poitiers, 28 août 1829; — Lyon, 9 janv. 1831; — cass., 11 déc. 1838 (S.-V., 39, 1, 304). — Favard, tome III, page 173; — Bioche, v° *Jugement par défaut*, n° 107; — Poncet, *Tr. des jugements*, n° 204, à la note; — Thomine, n° 479; — Reynaud, *de la Péremption*, n° 140; — Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1546; — Boucher, *Manuel*, page 698; — Delaporte, *Comment. sur le Code de comm.*, tome II, pages 430 et 431; — Devilleneuve, *Dict.*, v° *Trib. de comm.*, n° 176; — Despréaux, n° 75; — Horson, quest. 215; — E. Cadrès, tit. VII, pages 94, 116 et 119; — Merlin, v° *Péremption*; — Tallandier, *de l'Appel*, n° 81.

En sens contraire : Dijon, 4 juill. 1818 (S.-V., 19, 2, 71); — Paris, 22 mai 1824 (S.-V., 24, 2, 340); — Paris, 29 juin 1825; — Paris, 27 sept. 1827; — Paris, 26 août 1829 (S.-V., 30, 2, 22); — Lyon, 30 avril 1833 (S.-V., 33, 2, 376); — Paris, 14 juill. 1835 (S.-V., 35, 2, 309); — Paris, 26 fév. 1836 (S.-V., 36, 2, 150); — Carré, *loc. cit.* Cependant, dans la note qui accompagne cette question, cet auteur manifeste une tendance à abandonner cet avis. — Horson agit en sens inverse : après avoir (*loc. cit.*), approuvé la première doctrine, il penche vers l'opinion contraire (quest. 216, tome II, page 486); — Demiau, page 314; — les termes généraux dont se servent Pardessus, n° 1384, Locré, tome IX, page 519, semblent les ranger à l'opinion consacrée par ces arrêts; — E. Vincens, tome 1er, liv. II, chap. III, n° 18, pages 103 et 108; Teulet, note 39, sous l'art. 442, Code de proc.

[2] Cass., 26 fév. 1834; — Paris, 6 déc. 1838.

[3] Pardessus, n° 1110; — Boulay-Paty, n° 53, page 78; — Chauveau, sur Carré, quest. 1544 *bis*.

L'opposition peut être formée de deux manières; 1° par acte signifié; 2° par déclaration expresse sur le procès-verbal d'exécution.

21. L'*opposition signifiée par acte spécial* contiendra l'indication sommaire des moyens de l'opposant, et assignation à un jour fixe au moins devant le tribunal de commerce qui a rendu le jugement par défaut. Elle sera signifiée au domicile élu par celui qui est fondé en jugement, en conformité de l'art. 435 ci-dessus rappelé. (Art. 437.)

Cette disposition est l'application à la juridiction commerciale du principe consacré par l'art. 61, et qui a été approprié à la nature spéciale de cette juridiction. — L'opposant se constitue demandeur en réformation du jugement; il introduit une véritable instance, il est donc naturel qu'il indique les moyens sur lesquels il se fonde et qu'il suive tous les errements de la procédure relative aux ajournements.

Quand l'art. 437 dit que l'opposition sera signifiée *au domicile élu* par le demandeur, il a pour but de donner au défaillant la facilité d'arrêter sur-le-champ l'exécution commencée. C'est donc en faveur de ce défaillant que cette disposition est portée, et il lui est loisible d'y renoncer. Or, comme les actes peuvent en général être signifiés au domicile réel, comme l'art. 437 n'exige point à *peine de nullité* la signification au domicile élu, je pense que l'opposant ne ferait pas une opposition nulle s'il la signifiait au lieu où le demandeur est réellement domicilié.

Cependant, l'huissier qui instrumente sur l'exécution commencée, exerçant au domicile de l'opposant, lequel est aussi le domicile élu, pourrait ignorer l'opposition formée au domicile réel et aurait le droit de poursuivre l'exécution. — Aussi, dans la pratique, cette hypothèse se réalise très-rarement [1].

22. L'*opposition faite par déclaration sur le procès-verbal de l'huissier*, à l'instant de l'exécution, arrêtera ladite exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer dans les trois jours, par exploit contenant assignation; passé lequel délai elle sera censée non avenue. (Art. 438.)

L'art. 162, que l'on doit suivre, définit aux quels procès-verbaux d'exécution la déclaration d'opposition peut être faite. C'est *sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou tout autre d'exécution*.

Quand un huissier se présente pour exécuter, la partie ne peut consulter sur-le-champ son conseil et formuler, soit en droit, soit en fait, les moyens qui militent contre le jugement. C'est donc sagement que l'on admet à ce moment comme suffisante la simple déclaration d'opposition; mais l'huissier s'étant retiré, la partie a tout le temps nécessaire pour consulter et elle doit faire connaître à son adversaire sur quels chefs et par quels griefs le jugement sera combattu. — C'est pour cela que la réitération est prescrite.

23. Ce n'est pas dans la huitaine, conformément à l'art. 162 du Code de proc., mais dans les trois jours, conformément à l'art. 438, que l'opposition à un jugement par défaut rendu par un tribunal de commerce, formée par déclaration sur procès-verbal, doit être réitérée. L'art. 158, que l'art. 643 du Code de comm. rend commun aux instances commerciales, étend le délai de l'opposition contre les jugements faute de comparaître, déroge en ce sens à l'art. 436, mais ne modifie point dans son ensemble le système de la procédure commerciale et n'est pas incompatible avec ledit art. 438 [2].

24. Les trois jours ne sont pas francs, car c'est *dans les trois jours* que l'opposition doit être réitérée. Mais le délai doit être augmenté à raison des distances [3].

25. *Si les oppositions formées, soit par exploit signifié, soit par acte contenant réitération de la déclaration faite sur procès-verbal, ne sont pas conformes aux prescriptions de l'art. 437 et 438, quelles seront les conséquences de cette irrégularité? Le jugement sera-t-il réputé exécuté, et une opposition nouvelle, régulièrement introduite, ne sera-t-elle pas recevable?*

Cette question ne peut souffrir une sérieuse difficulté. L'art. 161 du Code de proc., qui est le complément de l'art. 437, explique, en ce qui touche les oppositions faites par acte direct, que leur irrégularité n'arrête pas l'exécution. — Pour les autres, l'art. 438, qui contient en lui-même ses conséquences, détermine la peine de l'irrégularité, et dit que ces oppositions seront censées non avenues.

Il résulte de la combinaison de ces deux dispositions que les oppositions irrégulières disparaissent; que les opposants sont remis au même état que si elles n'existaient pas, et que par conséquent les poursuites peuvent être immédiatement reprises. Si, sans former une nouvelle opposition, et se fondant uniquement sur l'ancienne, le débiteur voulait, par inertie ou par emploi de la force matérielle, empêcher l'officier ministériel d'instrumenter, le président du tribunal de première instance en référé ferait mainlevée de cette prétention.

Il ne suit pas de là que l'irrégularité de l'opposition convertisse les jugements par dé-

[1] Poncel, *des Jugements*, n° 205;—Thomine, n° 480;—Chauveau, sur Carré, quest. 1545 *bis*.

[2] Nîmes, 8 août 1819 (S.-V., 20, 2, 262);—Metz, 8 mai 1824; Lyon, 28 fév. 1825;—Lyon, 30 nov. 1830 (S.-V., 32, 2, 301);—Paris, 24 août 1831 (S.-V., 32, 2, 300). — Chauveau, sur Carré, quest. 1546 *bis*;—Thomine, n° 484;—Devilleneuve, v° *Trib. de comm.*, n° 175, page 664; — E. Vincens, tome Ier, liv. II, chap. III, n° 18, page 105; — Locré, tome IX, page 523; — Rioche, v° *Jugement par défaut*, n° 180.

[3] Cass., 16 mars 1813.—Favard, v° *Opposition*, n° 50.

faut en jugements définitifs : la loi ne le dit nulle part et c'est une peioe trop grave pour qu'elle puisse être suppléée [1].

Cependant, si depuis l'opposition irrégulière, il était survenu un de ces actes qui ont la puissance de faire réputer le jugement exécuté suivant l'art. 159 du Code de proc., le défaillant serait déchu du droit d'attaquer par une nouvelle opposition le jugement qui aurait acquis un caractère définitif.

26. *Effets de l'opposition.* — L'opposition suspend l'exécution, si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition. — Cette suspension n'est que le préliminaire d'un effet plus décisif : elle remet en question devant les magistrats la condamnation qu'ils ont prononcée sans posséder les éléments contradictoires du débat ; elle replace les parties au même état qu'avant le jugement. — Si elle est admise en la forme et su fond, le jugement est mis à néant, et le tribunal statue par décision nouvelle. — Si au contraire elle est repoussée, la décision première est maintenue et devient contradictoire.

27. Quelquefois l'opposition est un moyen dilatoire pour arrêter momentanément l'exécution du jugement. L'opposant se met en règle et assigne pour une audience éloignée, et souvent même ne place pas son assignation ; de telle sorte que, si la partie fondée en jugement ne faisait pas ses diligences, l'instance sur l'opposition resterait indéfiniment suspendue. Dans ce cas, l'audience peut être saisie par le défendeur à l'opposition, qui, reprenant l'offensive, assigne pour un délai plus rapproché, en débouté d'opposition.

28. *Opposition sur opposition ne vaut.* En conséquence l'opposition ne pourra jamais être reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une première opposition. (Art. 165.)

29. *Les tribunaux de commerce peuvent-ils, comme les tribunaux civils et aux mêmes conditions, ordonner que leurs jugements par défaut seront exécutoires nonobstant l'opposition?*

On a soutenu la négative en disant : — En droit, d'une part, l'art. 438 déclare, sans aucune distinction, que l'opposition arrête l'exécution ; d'autre part, l'art. 439, qui autorise l'exécution provisoire devant les tribunaux, ne s'applique qu'aux jugements définitifs, et non aux jugements par défaut, puisque c'est seulement *nonobstant appel* que cette exécution provisoire est accordée. Enfin, l'art. 643 ne déclare pas commune aux tribunaux de commerce la faculté accordée par l'art. 155 aux tribunaux civils. De là cette conséquence que cette faculté leur est refusée. — En fait, à quoi bon l'exécution provisoire des jugements par défaut, puisque l'on peut revenir à l'audience le lendemain [2]?

Cette solution me paraît, en droit comme en fait, contraire aux vrais principes et aux nécessités des affaires commerciales.

En droit, le dernier motif, invoqué à l'appui de l'opinion contraire, ne doit exercer aucune influence : en effet, nous avons eu l'occasion de le dire bien souvent, les règles ordinaires de la procédure sont applicables aux tribunaux de commerce lorsqu'il n'y a pas été formellement dérogé, ou lorsqu'elles ne sont pas incompatibles avec l'organisation spéciale de ces tribunaux. D'ailleurs, l'art. 643, en faisant expressément renvoi aux art. 156, 158 et 159, a eu pour but unique de modifier en partie l'art. 436, qui leur était contraire ; son silence n'est donc pas un signe d'exclusion.

L'argument tiré de l'art. 438, qui est écrit pour les tribunaux de commerce en particulier, est plus sérieux : il est certain qu'il dispose en termes généraux que l'opposition arrêtera l'exécution, et qu'il semble proscrire, dans tous les cas, le droit de passer outre nonobstant l'opposition.

Quant à l'art. 439, il est encore évident qu'il est porté uniquement en contemplation de l'appel.

Mais il nous semble qu'aucun des commentateurs du Code de procédure n'a envisagé la question sous son véritable point de vue.

Non-seulement l'art. 643 du Code de comm. n'est pas exclusif de l'art. 155, mais il s'y réfère en termes exprès. En effet, qu'y lisons-nous? Que l'art. 159 du Code de proc. est applicable aux tribunaux de commerce : or, ce même art. 159, auquel on ne fait aucune attention, contient le germe de l'exécution provisoire devant les tribunaux de commerce, dont il régit les jugements. Cet article, après avoir défini ce qu'on entend par exécution, et avoir expliqué que l'opposition suspend l'exécution, ajoute : *si elle n'a pas été ordonnée nonobstant opposition.* — Donc, si l'exécution a été ordonnée nonobstant opposition, cette opposition n'est pas suspensive ; donc l'exécution par provision est admise. C'est ce que nous avions à prouver.

Cela avait paru si clair à Locré, que, sans examiner la difficulté, il transcrit la disposition finale de l'art. 159 que nous venons de rappeler. (Tome IX, page 522.)

---

[1] Turin, 27 fév. 1809 (S.-V., 7, 2, 408) ; — cass., 18 avril 1811 ; — Colmar, 10 janv. 1818 (S.-V., 16, 2, 367) ; — Grenoble, 17 avril 1817, Dalloz ; — Metz, 12 fév. 1818 (S.-V., 19, 2, 137) ; — Nîmes, 21 août 1819, Dalloz ; — Bourges, 15 fév. 1823 (S.-V., 25, 2, 373) ; — Metz, 8 mai 1824, Dalloz ; — Bourges, 1er fév. 1832 (S.-V., 32, 2, 478) ; — Rennes, 6 janv. 1836. — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 682 ; — Berriat, page 283, nº 23 ; — Delaporte, tome Ier, page 166 ; — Bioche, vº *Jugement par défaut*, nº 170 ; — Boncenne, *Théorie de la proc.*, tome Ier, page 83, et tome II, page 173 ; — Merlin, vº *Opposition à jugement*, § 3, art. 1er ; — E. Cadrès, tit. VII, page 122.

[2] Turin, 12 sept. 1812, Dalloz. — Turin, 1er fév. 1813 (S.-V., 14, 2, 139) ; — Turin, 14 sept. 1813. — Thomine, nº 481 ; — Chauveau, sur Carré, *Lois de la proc.*, quest. 1549 *bis* ; — Pardessus, nº 1381 ; — Despréaux, nº 164

En fait, les matières commerciales exigent, plus impérieusement que les autres, la possibilité d'ordonner l'exécution provisoire des jugements par défaut. Chaque jour, chaque heure de retard, peut être une cause de grave préjudice : c'est pour cela que les art. 416 et 417 ont été décrétés. Or, que signifient leurs prescriptions si l'opposition peut en neutraliser les effets [1] ?

§ II.

Des jugements provisoires.

SOMMAIRE.

1. Définition des jugements provisoires. — Exemples. — Quand la provision peut être demandée.
2. Disposition de l'art. 134 du Code de proc. — L'application de cet article est rare dans la pratique.

1. Les jugements provisoires sont ceux au moyen desquels les tribunaux parent aux inconvénients que pourraient souffrir, soit les parties, soit les objets litigieux, des retards nécessités par l'instruction des causes ou par les délais qu'engendrent les voies de recours.

Ainsi, en matière civile, quand une femme demande sa séparation de corps, il faut que, pendant l'instance, elle puisse vivre hors du domicile conjugal : on lui accorde alors une provision et une pension alimentaire ; — quand une maison revendiquée peut être dégradée avant l'issue du litige, on ordonne sa réparation provisoire aux frais de qui de droit.

Ainsi, en matière commerciale, quand le règlement définitif d'une créance dépend de l'établissement d'un compte, et présente cependant une partie liquide, appuyée sur des titres certains, ou sur l'aveu du débiteur, on accorde au créancier une condamnation provisoire pour la somme constatée ou reconnue.

La provision peut être réclamée en tout état de cause, et même en appel : elle peut être ordonnée d'office par le juge ; car la décision de la demande principale renferme implicitement celle du provisoire. — Le jugement provisoire peut être rétracté par le tribunal qui l'a rendu, et n'exerce aucune influence sur le fond.

2. « S'il a été formé une demande provisoire, et que la cause soit en état sur le provisoire et sur le fond, les juges sont tenus de prononcer sur le tout par un seul et même jugement. » (Art. 134 du Code de proc.)

Cette disposition, empruntée à l'ordonnance de 1667, est d'une rare application dans la pratique. En effet, l'utilité des jugements provisoires est grande, surtout quand le fond n'étant pas en état, il s'agit de prendre des mesures urgentes. Alors les juges ne sont pas obligés, pour statuer sur le provisoire, d'attendre que le fond soit prêt à recevoir jugement.

Dans l'hypothèse de l'art. 134, il n'est utile de statuer sur le provisoire, qui est du reste compris dans le jugement définitif, que dans la prévision d'un appel dont les délais pourraient être nuisibles.

§ III.

Des jugements préparatoires ou interlocutoires.

SOMMAIRE.

1. Nécessité de ne consacrer que quelques mots à ce sujet.
2. Définition des jugements préparatoires ou interlocutoires. — Impossibilité de tracer une ligne de démarcation bien exacte.
3. Renvoi au chapitre suivant, 2e section, relatif à l'appel, pour tirer les conséquences de cette distinction.

1. Il ne peut entrer dans le plan de ce traité de rechercher avec détail quels jugements doi-

---

[1] Douai, 11 janv. 1813 (S.-V., 44, 2, 157); — cass., 9 fév. 1843 (S.-V., 43, 1, 486). — Locré, *ubi supra* ; — E. Vincens, tome Ier, liv. II, chap. III, no 48, page 406; — Carré, quest. 1549 *bis* ;— Pigeau, tome Ier, pages 734 et 733;— Bioche, vo *Jugement par défaut*, no 225.

vent être réputés préparatoires ou interlocutoires. Il suffira de rappeler ici quelques principes généraux.

2. L'art. 452 du Code de proc. définit en ces termes les jugements préparatoires et les jugements interlocutoires :

« Sont réputés *préparatoires* les jugements rendus pour l'instruction de la cause, et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir le jugement définitif.

» Sont réputés *interlocutoires* les jugements rendus, lorsque le tribunal ordonne, avant dire droit, une preuve, une vérification, ou une instruction qui préjuge le fond. »

Cette disposition fait connaître d'une manière exacte la distinction qu'il faut établir entre ces deux jugements. Pour apprécier le caractère de chacun d'eux, il faut consulter les motifs qui l'ont dicté et le résultat qu'il veut atteindre. — Ce qui constitue la nature du jugement préparatoire, c'est de régler la procédure, qu'il conduit vers son issue, d'instruire la cause, *sans porter aucune atteinte à la décision du fond*. — Au contraire, le caractère essentiel du jugement interlocutoire, qui indique la tendance du juge, c'est de l'éclairer, *mais en préjugeant le fond*.

Il est donc impossible de tracer des règles fixes, servant à classer les jugements dans telle ou telle catégorie : les circonstances du fait, la résistance des parties à la mesure réclamée, le moment du procès où la demande en est faite, l'intention du juge qui l'ordonne, les motifs sur lesquels il s'appuie, sont des éléments qu'il faut peser avec d'autant plus de soin, que souvent, envisagés sous des aspects divers, ils expliquent et justifient tous la qualification contradictoire de jugement préparatoire ou de jugement interlocutoire.

3. Quand nous nous occuperons de l'appel, chapitre suivant, 2e section, nous aurons à voir les conséquences de cette distinction, et à rapporter quelques espèces décidées par la jurisprudence.

§ IV.

Des jugements définitifs.

SOMMAIRE.

1. Définition des jugements définitifs. — Ils ne peuvent, en général, être modifiés ni corrigés. — Citation du droit romain.
2. Jugements mixtes, contenant des décisions définitives et interlocutoires.
3. Les tribunaux de commerce peuvent, par leurs jugements définitifs de condamnation, commettre un huissier pour le signification avec commandement de contrainte par corps. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

1. Les jugements définitifs terminent les contestations devant le tribunal dont la juridiction est épuisée.

Ils ne peuvent être en général, ni modifiés ni corrigés par les juges qui les ont rendus. — *Judex posteaquam sententiam dixit, postea judex esse desinit. Ex hoc jure utimur, ut judex qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit : semel enim male seu bene officio functus est.* (L. 55, Dig., *De re judicata*.)

La distinction des jugements en définitifs, préparatoires et interlocutoires, a de l'importance en ce qui concerne l'appel et le pourvoi en cassation.

2. Les jugements peuvent être mixtes. Cela se présente quand ils renferment des décisions définitives et interlocutoires. — Ainsi serait un jugement qui, reconnaissant l'existence d'une société, ordonnerait que le compte de ses opérations serait définitif, et, pour le dresser, renverrait devant expert. Ce jugement serait définitif dans la partie qui constate le fait de la société, et interlocutoire dans la partie qui en prescrirait la liquidation.

3. Les tribunaux de commerce peuvent, par leurs jugements définitifs de condamnation, commettre un huissier pour sa signification, avec commandement à fin de contrainte par corps [1].

---

[1] Nancy, 23 juill. 1813 (S.-V., 16, 2, 167), *Pasicrisie*; — Rouen, 20 juill. 1814 (S.-V., 15, 2, 14); — Toulouse, 28 juillet 1824 (S.-V., 26, 2, 210); — Aix, 25 août 1826 (S.-V., 27, 2, 75); — Lyon, 23 mai 1827 (S.-V., 27, 2, 108); — Aix, 6 déc. 1834 (S.-V., 35, 2, 127); — Douai, 23 nov. 1839 (S.-V., 40, 2, 106); — Nancy, 23 mars 1843 (S.-V., 43, 2, 463). — Thomine, n° 901; — Favard, v° *Contrainte par corps*, § 4, n° 2; — Coin de Lisle, *Comment. de la contrainte par corps*, sur l'art. 2069, Code civil, n° 10.

Cependant, en sens contraire, Orléans, 26 déc. 1810 (S.-V., 15, 2, 206, *Pasicrisie*; — Toulouse, 21 mai 1824 (S.-V., 26, 2, 241), *Pasicrisie*; — Lyon, 10 avril 1826 (S.-V., 26, 2, 211), *Pasicrisie*; — Selaporte, tome II, page 352; — Hautefeuille, page 431; — Carré, *Lois de la proc.*, quest. 2634.

§ V.

Des jugements d'expédient.

SOMMAIRE.

1. Définition des jugements d'expédient.
2. En général, ils ne peuvent être opposés aux tiers. — Arrêt de la cour de Lyon.

1. Quelquefois, pendant que l'instance est engagée, les parties tombent d'accord sur le règlement de leurs intérêts : alors, au lieu de constater leurs conventions par un acte privé, elles proposent au tribunal un jugement d'expédient, qui devient un contrat judiciaire revêtu des formes des jugements, et qui est l'œuvre des parties plutôt que celle des juges.

Ce caractère particulier explique qu'à la différence des jugements ordinaires, ils ne sont susceptibles ni d'appel, ni de pourvoi en cassation, lorsque néanmoins les formalités prescrites pour la validité des conventions en général ont été observées. — En conséquence de cette restriction, si le jugement d'expédient renferme une transaction entre un tiers et des mineurs, et n'a pas été soumis préalablement à l'avis de trois jurisconsultes; s'il a été le résultat d'erreur, de dol, ou de violence, il doit être attaqué par les mêmes voies que les jugements ordinaires.

2. De leur côté, les tiers ne peuvent pas plus souffrir d'un jugement passé d'accord, qu'ils ne pourraient souffrir d'une convention directement émanée des parties. Ils sont admissibles à en repousser l'application ou à l'attaquer par voie de tierce opposition. — Ainsi, une caution solidaire est recevable à former tierce opposition à un jugement d'expédient intervenu entre le débiteur principal et l'adversaire commun, dès qu'elle établit que la transaction formulée dans ledit jugement, dont on se prévaut contre elle, est le résultat d'un concert frauduleux [1].

§ VI.

Des jugements qui accordent un délai pour leur exécution.

SOMMAIRE.

1. Disposition de l'art. 1244 du Code civ.
2. Art. 122 du Code de proc. — Citation de l'exposé des motifs présenté par Treilhard.
3. Art. 123.
4. Art. 124.
5. Art. 125 du même Code.
6. Les tribunaux de commerce ont, comme les tribunaux civils, le droit d'accorder des délais. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
7. Art. 135 et 157 du Code de comm.

1. L'art. 1244 du Code civ. dit : « Les juges peuvent, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

» Dans les cas où les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ils le feront par le jugement même, qui statuera sur la contestation, et qui énoncera les motifs du délai. » (Art. 122 du Code de proc.)

2. Le motif de cette dernière disposition fut expliqué par Treilhard : « Le juge ne peut accorder des délais pour l'exécution des condamnations qu'il prononce que par un seul et même jugement. Ce serait ouvrir la porte à des procédures frustratoires que d'autoriser les demandes tardives afin d'obtenir un délai; des officiers ministériels peu instruits, ou peu délicats, pourraient ainsi faire deux causes, et obtenir

---

[1] Lyon, 6 août 1839.

deux jugements, quand il ne doit y avoir qu'un jugement et une cause. » (*Exposé des motifs*, page 37.)

3. « Le délai courra du jour du jugement, s'il est contradictoire ; et de celui de la signification s'il est par défaut. » (Art. 123 du Code de proc.)

4. « Le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque par son fait il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. » (Art. 124 du Code de proc.)

Ordinairement, pour obvier à cet inconvénient, le jugement soumet le débiteur à donner caution.

5. « Les actes conservatoires seront valables, nonobstant le délai accordé. » (Art. 125.)

6. On a dénié quelquefois aux tribunaux de commerce le droit d'accorder des délais pour dettes commerciales. Mais aujourd'hui la difficulté est levée : leur droit est reconnu et la question ne mérite pas d'être discutée [1].

7. Les art. 135 et 157 du Code de comm. défendent aux juges d'accorder aucun délai pour le payement des lettres de change et autres effets négociables

§ VII.

Des condamnations en dommages-intérêts.

SOMMAIRE.

Art. 128 du Code de proc.
Les tribunaux de commerce peuvent, comme les tribunaux civils, prononcer la contrainte par corps pour dommages-intérêts au-dessous de trois cents francs. — Arrêt de la cour de cassation.

Tous jugements qui condamneront en des dommages-intérêts en contiendront la liquidation, ou ordonneront qu'ils seront donnés par état. (Art. 128, Code de proc.) — L'art. 126 du même Code laisse à la prudence des juges d'accorder en matière civile la contrainte par corps pour condamnation à des dommages-intérêts s'élevant à une somme excédant trois cents francs. On a soutenu que les tribunaux de commerce ne pouvaient appliquer cette disposition ; mais un arrêt de la cour de cassation en date du 2 août 1827 a rejeté cette prétention.

§ VIII.

De la condamnation aux dépens.

SOMMAIRE.

1. Art. 130 du Code de proc. — Malgré la généralité de sa disposition, les dépens d'un jugement par défaut peuvent être laissés à la charge du demandeur. — Arrêt de la cour de Caen, opinion de Vincens.
2. La liquidation des dépens doit être faite dans les jugements rendus par les tribunaux de commerce. — Arrêt de la cour de cassation, opinion de Vincens et de Locré.
3. Art. 131 du Code de proc.
4. Art. 132.
5. Les tribunaux de commerce peuvent, malgré l'article 137, prononcer l'exécution provisoire de leurs jugements pour les dépens. — Jurisprudence, opinion des auteurs.
6. Ils ne peuvent prononcer la contrainte par corps pour ces dépens. — Jurisprudence.

1. « Toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens. » (Art. 130.)

Cette disposition générale ne comporte aucune distinction et s'applique non-seulement aux

[1] Cass., 20 déc. 1842 (S.-V., 43, 1, 223). — Pardessus, n° 183; — E. Vincens, tome II, pages 43 et 44; — Favard, v° *Jugement*, sect. Ire, § 2, n° 4; — Carré, *Lois de la proc.*, n° 522; — Thomine, n° 137.

jugements qui vident définitivement le litige, mais encore à ceux qui prononcent sur des incidents. — Dans les jugements préparatoires ou interlocutoires les dépens sont réservés, à moins que l'une des parties n'ait contesté la mesure réclamée.

Cependant, quand une partie fait défaut, les dépens du jugement par défaut peuvent être laissés à la charge du demandeur, si les circonstances excusent le défaillant, par exemple s'il a été mal assigné. Au contraire si c'est par caprice et pour prolonger la procédure que le défaillant ne s'est pas présenté, il peut être condamné à les supporter, alors même qu'il gagne son procès au fond [1].

2. « La liquidation des dépens et frais sera faite, en matière sommaire, par le jugement qui les adjugera. » (Art. 543.)—Les instances commerciales étant instruites et jugées comme affaires sommaires, cet article leur est applicable [2].

3. « Pourront les dépens être compensés en tout ou partie, entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs, ou alliés au même degré : les juges pourront aussi compenser les dépens en tout ou partie, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs. » (Art. 131.)

4. « Les huissiers qui auront excédé les hornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs, qui auront compromis les intérêts de leur administration, pourront être condamnés aux dépens en leur nom et sans répétition, même aux dommages-intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice de l'interdiction contre les huissiers et de la destitution contre les tuteurs et autres, suivant la gravité des circonstances. » (Art. 132.)

5. Les tribunaux de commerce peuvent ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements pour les dépens. — L'art. 137, qui contient une disposition contraire, ne concerne que les tribunaux civils [3].

6. La contrainte par corps en matière de commerce ne peut être prononcée pour les dépens [4].

DEUXIÈME SECTION.

De la forme des jugements.

SOMMAIRE.

Renvoi au liv. Ier de la 1re partie, pour la composition des tribunaux de commerce en général.—Division de la présente section.

Dans la première partie, liv. Ier, tit. II, chap. III, nous avons exposé les règles de la composition des tribunaux de commerce en général. Nous devons rechercher ici les règles spéciales de la composition de ces tribunaux lorsqu'ils sont sur le siége et rappeler comment le jugement est délibéré, prononcé, rédigé et constaté. — Ce sera l'objet des trois paragraphes suivants.

§ Ier.

Composition du tribunal.

SOMMAIRE.

1. Disposition de l'art. 626 du Code de comm. — Observations du tribunal de commerce du Havre, en 1807.
2. De ce texte résulte que tous les juges titulaires peuvent participer à un jugement, et que les suppléants

---

[1] Caen, 14 juill. 1826 (S.-V., 27, 2, 150); — E. Vincens, tome Ier, liv. II, chap. III, n° 18, page 105.

[2] Cass., 14 janv. 1828 (S.-V., 28, 1, 102). — E. Vincens, page 102;—Locré, tome IX, page 474.

[3] Rouen, 14 déc. 1824 (S.-V., 27, 2, 142). — Pigeau, t. Ier, page 395;—Berriat, page 301;—*Praticien français*, tome Ier, page 409;—E. Cadrès, tit. VI, page 85.

[4] Cass., 14 nov. 1809 (S.-V., 10, 1, 64);—cass., 14 avril 1817 (S.-V., 17, 1, 285);—cass., 4 janv. 1825 (S.-V., 25, 1, 206).

ne peuvent avoir voix délibérative que pour compléter le tribunal. — Arrêt de la cour de cassation.

La nullité du jugement auquel a indûment concouru un juge suppléant est proposable, encore que sa récusation n'ait pas été proposée. — Arrêt de la cour de cassation.

3 et 4. La mention de l'assistance de juges suppléants, sans indication qu'ils ont délibéré, ne vicie pas le jugement, surtout lorsqu'il y est dit : *opiné conformément à la loi*. — Jurisprudence.

5. Il n'est pas indispensable de mentionner l'empêchement des juges titulaires : il suffit que le suppléant n'ait été appelé que lorsque sa présence était nécessaire. — Jurisprudence.

6. La règle qui prescrit de suivre l'ordre du tableau ne s'applique pas aux juges suppléants dans les tribunaux de commerce. — Arrêt de la cour de cassation.

7. Tribunal incomplet par récusation après plaidoiries. — Présence des juges suppléants. — Arrêt de la cour de Paris.

8. Nécessité d'appeler au siége des commerçants notables. — Art. 4 du décret du 6 octobre 1809. — Ordonnance de 1566.

Les commerçants notables ainsi appelés ne sont pas soumis à prêter serment. — Arrêt de la cour de Poitiers.

9. Le tribunal de commerce peut être composé d'un juge titulaire et de deux notables commerçants.

10. Empêchement de tous les membres d'un tribunal de commerce. — Nécessité de recourir au tribunal civil. — Jurisprudence, opinion des auteurs.

« Les jugements, dans les tribunaux de commerce seront rendus par trois » juges au moins : aucun suppléant ne sera appelé que pour compléter ce » nombre. »

(Art. 626, *C. de comm.*)

1. Le projet primitif portait : « Les jugements ne peuvent être rendus par moins de trois juges. » Lors de la discussion le tribunal du Havre demandait que l'on ajoutât à l'article 626 : « ...mais pourront l'être par un plus grand nombre de juges et suppléants réunis sans distinction entre eux, même par la totalité des membres du tribunal. » (*Observations des tribunaux*, tome II, 1re partie, page 473.)

Au lieu d'adopter cette proposition, on inséra à la fin du projet cette disposition qui ne permet d'appeler aucun suppléant qu'en cas d'insuffisance des juges titulaires.

2. De ce texte il résulte : 1° Que tous les juges titulaires peuvent participer à un jugement ; ceci ne se pratique que dans des cas fort rares et pour des affaires d'une importance majeure ;

2° Que les juges suppléants ne peuvent être *appelés*, c'est-à-dire avoir voix *délibérative*, que lorsqu'il est nécessaire de compléter le tribunal ; mais qu'ils peuvent être présents aux plaidoiries et avoir voix *consultative*, car alors leur opinion ne compte pas dans la décision et ils ne sont pas *appelés à opiner*. — En conséquence, est nul le jugement auquel a concouru un juge suppléant qui a délibéré et dont la présence n'était pas nécessaire [1].

La nullité est admissible, encore qu'aucune des parties n'ait proposé la récusation [2].

3. De ce qu'un jugement porte la mention qu'il a été rendu à une audience où étaient en séance trois juges en titre et deux suppléants, il ne s'ensuit pas nécessairement la preuve que les deux juges suppléants ont pris part au jugement, alors surtout qu'il y est dit qu'il *a été opiné conformément à la loi* ; la présomption est que les juges suppléants n'ont assisté qu'avec voix consultative, comme la loi leur en donnait le droit [3].

4. De même, dans un jugement rendu par un juge et deux suppléants, la mention de la présence d'un troisième suppléant ne vicie pas le jugement [4].

5. Un juge suppléant a le caractère de *juge* et peut être appelé à concourir à un jugement, sans qu'il soit nécessaire que ce jugement constate l'absence ou l'empêchement des juges titulaires, lorsque d'ailleurs les juges titulaires qui ont concouru au jugement étaient réellement en nombre insuffisant pour le rendre [5].

6. Un jugement rendu par un tribunal de commerce n'est pas nul par cela seul qu'un juge suppléant, appelé pour compléter le tribunal, n'a pas été appelé dans l'ordre du tableau. — La règle établie par l'art. 49 du décret du 30 mars 1808, et qui prescrit de suivre le tableau, ne s'applique pas aux tribunaux de commerce [6].

7. Si après les plaidoiries devant un tribunal de commerce, un ou plusieurs des magistrats se récusent, le tribunal peut, sans qu'il soit besoin de recommencer les plaidoiries, appeler pour se compléter les juges suppléants qui avaient assisté aux débats [7].

8. Quand le nombre des juges et des suppléants empêchés est tel que le tribunal de com-

[1] Cass., 3 janv. 1828 (S.-V., 28, 1, 123).
[2] Cass., 16 nov. 1811 (S.-V., 12, 1, 127).
[3] Cass., 31 mars 1827 (S.-V., 27, 1, 470); — cass., 9 déc. 1833 (S.-V., 34, 1, 282); — cass., 18 nov. 1834 (S.-V., 35, 1, 787).
[4] Cass., 5 nov. 1835 (S.-V., 36, 1, 403).
[5] Cass., 9 août 1826 (S.-V., 27, 1, 119); — cass., 26 déc. 1826 (S.-V., 27, 1, 72); — cass., 27 juin 1827 (S.-V., 27, 1, 381); — cass., 31 janv. 1828 (S.-V., 28, 1, 296).
[6] Cass., 18 août 1825 (S.-V., 26, 1, 125).
[7] Paris, 24 août 1833 (S.-V., 33, 2, 548).

merce ne peut se compléter, la loi du 23 vendémiaire an 4 voulait que des négociants ou armateurs fussent appelés pour compléter le tribunal. — Depuis, le décret du 6 octobre 1809 a prévu et réglé ce cas; son art. 4 porte : « Lorsque par des récusations ou des empêchements, il ne reste pas dans les tribunaux de commerce un nombre suffisant de juges ou de suppléants, ces tribunaux seront complétés par des négociants pris sur la liste formée en vertu de l'art. 619 du Code de comm., et suivant l'ordre dans lequel ils y seront portés, s'ils ont d'ailleurs les qualités énoncées en l'art. 620 de la même loi [1]. »

Cet usage existe depuis l'origine des juridictions consulaires. Il a été proclamé par une ordonnance de Charles IX, en date du 22 juillet 1566 et dont voici le texte :

« Charles, etc...; — Nous vous avons naguères établi pour, ensemblement, ou deux de vous, administrer briève et sommaire justice aux parties, suivant l'édit de votre création. Toutefois, d'autant que la maladie, absence, ou autre empêchement légitime de deux de vous trois, l'exercice et expédition de votre juridiction est souvent retardée au grand dommage et intérêts de nos juges; nous, désirant y pourvoir suivant l'urgence du cas, voulons, entendons et nous plait qu'en cas de maladie, absence, récusation, ou autre empêchement légitime d'aucun de vous, vous ou l'un de vous, assisté des plus anciens des marchands qui sont appelés à votre conseil, et en votre défaut les deux anciens desdits marchands, comme en toutes cours ordinaires et subalternes, et de stil et coutume, puissiez vaquer à l'expédition de ladite justice, et que les jugements faits et donnés en cette sorte soient de même force et vigueur que s'ils étoient donnés par vous trois ensemble; car tel est notre plaisir, nonobstant toutes provisions et lettres qui sembleroient être contraires à l'effet de ces présentes. » (*Instruction générale sur la jurid. cons.*, pages 31 et 32.)

Il n'est pas nécessaire que les notables appelés à remplacer des juges de commerce empêchés, prêtent serment avant d'exercer les fonctions de juges. La raison en est que l'obligation de prêter serment avant d'entrer en exercice n'est imposée qu'aux juges et aux suppléants qui ont des attributions permanentes. Aucune loi ne rend cette obligation commune aux notables commerçants appelés accidentellement. S'il en était décidé autrement, ce serait rendre leur coopération impossible, puisque les tribunaux de commerce ne peuvent pas recevoir le serment de leurs membres [2].

9. Le principe qui, en matière civile, veut que l'adjonction des hommes de loi appelés pour concourir à un jugement soit faite de telle manière qu'ils soient toujours inférieurs en nombre aux juges, afin de compléter et non de constituer le tribunal, n'est pas applicable en matière commerciale. — En conséquence, le jugement rendu par un tribunal de commerce composé seulement d'un juge titulaire et de deux notables commerçants, n'est point frappé de nullité; la nullité n'existe pas non plus par cela seul que le jugement ne constate pas que l'appel des notables a été fait dans l'ordre de la liste dressée en conformité de l'art. 619; la présomption est que cette formalité a été accomplie. — Ces notables commerçants ainsi appelés ne sont pas tenus, en montant sur le siége, de prêter serment préalable [3].

10. Si par un événement presque impossible, *tous* les membres d'un tribunal de commerce étaient empêchés, comme les notables commerçants ne peuvent être appelés que pour compléter un tribunal déjà formé, on serait dans un véritable embarras; faudrait-il recourir au tribunal de commerce voisin, comme cela se faisait sous la loi du 23 vendémiaire an 4? — Je ne le *pense* pas : il me semble que pendant le temps de l'empêchement le tribunal de commerce, réduit à l'impuissance de fonctionner, serait censé ne pas exister et qu'il faudrait recourir au tribunal civil de l'arrondissement, lequel statuerait conformément aux art. 640 et 641 du Code de comm [4].

§ II.

Comment le jugement est délibéré et prononcé.

SOMMAIRE.

1. Les juges de commerce doivent statuer sur tous les chefs de conclusions. — Ils ne peuvent statuer sur choses non demandées. — Précaution à prendre pour satisfaire à cette double règle.

[1] Un avocat ne peut être appelé. (Brux., 27 avril 1844; *J. de Br.*, 1845, 2e cah.

[2] Poitiers, 2 déc. 1824 (S.-V., 25, 2, 409). — Teulet, note sous l'art. 630 du Code de comm.

[3] Poitiers, 2 déc. 1824 (S. V., 25, 2, 409).

[4] Conforme, Rouen, 4 nov. 1836 (S.-V., 41, 2, 330). — Despréaux, n° 158, incline au contraire vers la première opinion et croit à l'existence de la loi de l'an 4. Le sentiment de Carré, *Lois de la comp.*, question 476, est conforme au nôtre.

2. Formes du délibéré. — Art. 35 du décret du 30 mars 1808; 116, 117 et 118 du Code de proc.; 4 du décret du 6 octobre 1809.
3. Jusqu'au moment du *prononcé*, le jugement peut être modifié.—Jurisprudence, opinion des auteurs.
Où, par qui et devant qui les jugements doivent être prononcés. — Le jugement doit être lu en son entier. Jurisprudence.

1. Les juges de commerce doivent, comme les juges des tribunaux civils, statuer sur toutes les conclusions des parties, sans omettre un des chefs de la contestation. — Par réciprocité, ils ne peuvent ni ne doivent statuer sur les choses qui ont été dites ou demandées dans les plaidoiries, lorsque les conclusions n'en contiennent pas la trace.

Pour que leur décision soit complète, les conclusions sont d'ordinaire sous les yeux du président, lorsqu'il appelle l'attention de ses collègues sur les questions à résoudre.

2. « Lors du délibéré, les juges opinent chacun à leur tour en commençant par le dernier reçu, afin d'éviter l'influence des membres les plus anciens. Néanmoins, dans les affaires sur rapport, le rapporteur opine le premier. » (Décret du 30 mars 1808, art. 35.)

« La discussion terminée, le président, suivant encore l'ordre de réception, recueille secrètement les opinions qui sont motivées par chaque juge.

» Les jugements sont rendus à la pluralité des suffrages. » (Art. 116 du Code de proc.)

« S'il se forme plus de deux opinions, les juges les plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre ; toutefois ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois. (Art. 117.)

» En cas de partage, on appellera, pour le vider, un juge ; à défaut de juge, un suppléant ; à son défaut, un notable commerçant, tous appelés suivant l'ordre du tableau ou de la liste dressée en conformité de l'art. 619. » (Art. 118, et décret du 6 octobre 1809, art. 4.)

3. Le jugement n'a d'existence légale que du jour de sa prononciation, et jusqu'à ce jour il peut être régulièrement modifié [1].

Le jugement doit être prononcé en audience publique par le magistrat qui a présidé l'audience. Il serait nul s'il était prononcé en présence de juges autres que ceux qui ont délibéré, et par un président qui n'y a pas concouru.

Les jugements doivent être prononcés dans les lieux affectés à la distribution de la justice : cependant, dans les cas d'absolue nécessité, ils peuvent, sans nullité, être rendus dans un local autre que celui qui est d'ordinaire affecté aux audiences [2].

Ce n'est pas seulement le dispositif en son entier qui doit être lu en audience publique, ce sont aussi les motifs [3].

§ III.

Comment le jugement est rédigé, constaté et expédié.

SOMMAIRE.

1. Dispositions de la loi applicables à la rédaction et à la constatation des jugements.
2. Art. 141 du Code de proc.
3. Qualités des jugements des tribunaux de commerce.— Opinions des auteurs.
4. Obligation pour les greffiers des tribunaux de commerce de porter tous les jugements sur la feuille d'audience. — Circulaire ministérielle du 31 octobre 1809.
5. Signature des jugements. — Art. 138 du Code de proc. ; 36, 37, 39 et 73 du décret du 30 mars 1808.
6. Feuilles d'audience non signées. — Art. 74 du décret ci-dessus et 140 du Code de proc. — Citation de Locré.
7. Expédition des jugements. — Art. 135 et 136. — Article 48 de la charte constitutionnelle. — Décret du 28 floréal an 12.

« Seront observées dans la rédaction et l'expédition des jugements, les formes » prescrites dans les art. 141 et 146 pour les tribunaux de première instance. »
(Art. 433, *Code de proc. civ.*)

1. *Rédaction et constatation.* — Non-seulement les règles des art. 141 et 146 sont applicables

[1] Cass., 26 ventôse an 8. — Merlin, vº *Jugement*, § 3; — Berriat, page 177; — Bioche, vº *Jugement*, nº 96.

[2] Bioche, nº 104, page 588.
[3] Cass., 25 mai 1830; — cass., 5 déc. 1836.

aux jugements rendus par les tribunaux de commerce, mais encore celles qui sont écrites dans le Code de procédure, et qui sont communes à tous les jugements, doivent être suivies; il faut seulement en excepter les formalités en opposition avec la nature de la juridiction commerciale.

Nous allons ici rappeler les règles les plus importantes parmi celles qu'il faut exécuter.

2. La rédaction des jugements contiendra les noms des juges; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. (Art. 441.)

Les motifs du jugement servent à expliquer le dispositif qui seul en forme l'essence. On a vu des jugements confirmés dans la décision qu'ils ont rendue, c'est-à-dire ayant bien jugé, modifiés en appel dans leurs motifs, qui étaient erronés.

3. Devant les tribunaux de commerce, il n'existe point d'avoués; dès lors, ce que l'on appelle les *qualités du jugement* doit être rédigé par le greffier, qui se borne à mentionner les exploits introductifs d'instance, les jugements d'ajournement, d'instruction, et les conclusions des parties qui, d'ordinaire, sont motivées et annexées au plumitif [1].

Comme cette rédaction est étrangère aux parties, ou à leurs mandataires, elle ne peut ni leur profiter, ni leur nuire [2].

Cependant les parties ne pouvant se signifier aucun acte, les qualités du jugement qui relatent les conclusions annexées au plumitif, et signées des parties ou de leurs mandataires, font foi contre elles, et les lient.

4. Les greffiers des tribunaux de commerce, comme ceux des tribunaux civils, doivent porter tous les jugements sur la feuille d'audience [3].

5. Le président et le greffier signeront la minute de chaque jugement aussitôt qu'il sera rendu: il sera fait mention, en marge de la feuille d'audience, des juges qui y auront assisté; cette mention sera également signée par le président et le greffier. (Art. 138.)

Le décret du 30 mars 1808 a développé ce texte dans les dispositions suivantes:

« Art. 36. Le greffier portera sur la feuille d'audience du jour les minutes de chaque jugement aussitôt qu'il sera rendu; il fera mention, en marge, des noms des juges et du procureur général impérial, ou de son substitut, qui y auront assisté.

Celui qui aura présidé vérifiera cette feuille à l'issue de l'audience, ou dans les vingt-quatre heures, et signera, ainsi que le greffier, chaque minute de jugement et les mentions faites en marge.

« Art. 37. Si, par l'effet d'un accident extraordinaire, le président se trouvait dans l'impossibilité de signer la feuille d'audience, elle devra l'être, dans les vingt-quatre heures suivantes, par le plus ancien des juges ayant assisté à l'audience. Dans le cas où l'impossibilité de signer serait de la part du greffier, il suffira que le président en fasse mention en signant.

» Art. 39. Les feuilles d'audience seront de papier de même format, et réunies, par année, en forme de registre. »

Ces trois articles, faits pour les cours d'appel, furent étendus aux tribunaux de première instance par l'art. 73 du même règlement.

6. L'art. 74 prévoit le cas où les feuilles d'audience n'auraient pas été signées, et dispose: « Si les feuilles d'une ou de plusieurs audiences n'avaient pas été signées dans les délais, et ainsi qu'il est réglé par les art. 36 et 37 du présent règlement, il en sera référé, par le procureur impérial, à la cour d'appel, devant la chambre que tient le premier président. Cette chambre pourra, suivant les circonstances, et sur les conclusions par écrit de notre procureur général, autoriser un des juges qui ont concouru à ces jugements, à les signer. »

Pour assurer l'effet de ces dispositions, l'article 140 du Code de proc. porte: « Les procureurs du roi, impériaux et généraux se feront représenter, tous les mois, les minutes des jugements, et vérifieront s'il a été satisfait aux dispositions ci-dessus: en cas de contravention, ils en dresseront procès-verbal, pour être procédé ainsi qu'il appartiendra. »

Comme devant les tribunaux de commerce il n'existe point de procureur du roi, on a douté que ces formalités leur fussent applicables.

Locré décide l'affirmative: « Quoique les tribunaux de commerce soient, dit-il, des tribunaux d'exception, ils n'en ont pas moins le caractère de tribunaux de première instance; comme tels ils sont placés sous la surveillance du procureur général près les cours royales auxquelles ils ressortissent, et cette surveillance donne, à leur égard, au procureur général le pouvoir de faire la vérification dont parle l'article 140, sans qu'il soit même besoin que la loi s'en explique.

Mais comment la fera-t-il dans les tribunaux de commerce situés hors de la ville où siége la cour royale?

« Il me semble qu'il peut demander au président un rapport sur l'état du greffe; et, dans tous les cas, déléguer le procureur du roi du lieu. » (Tome IX, page 490.)

[1] Thomine, n° 476; –Boitard, 2, 135; –Chauveau, sur Carré, n° 349.

[2] Pigeau, tome Ier, page 725.

[3] Circulaire du ministre de la justice, du 31 oct. 1800 (S.-V., 10, 2, 42.)

Cette opinion de Locré me paraît conforme au véritable esprit de la loi ; cependant j'ajoute que, comme les abus que ces dispositions géminées ont voulu réprimer se présentent rarement, elles sont en quelque sorte tombées en désuétude.

7. *Expédition.*—« Les greffiers qui délivreront expédition d'un jugement avant qu'il ait été signé, seront poursuivis comme faussaires. » (Art. 139.)

« Les expéditions des jugements seront intitulées et terminées au nom du roi, conformément à l'art. 48 de la charte constitutionnelle. » (Art. 146) [1].

« Toute justice émane du roi; elle s'administre en son nom par des juges qu'il nomme et qu'il institue. » (Art. 48, charte de 1830).

[1] *Voy.* la loi belge du 19 sept. 1831.

Le décret du 28 floréal an 12 est le complément de ces dispositions.

« *Les expéditions exécutoires des jugements sont rédigées ainsi qu'il suit :*

» (Le prénom du souverain), *roi des Français, à tous présents et à venir, salut.*

» *Le tribunal de commerce de.... a rendu le jugement suivant :*

(Ici copier le jugement.)

» *Mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis de mettre ledit jugement à exécution, à nos procureurs généraux et à nos procureurs près les tribunaux de première instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.*

» *En foi de quoi le présent jugement a été signé par le président du tribunal et par le greffier.* »

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

ET DES SOMMAIRES

CONTENUS DANS LE PREMIER VOLUME.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ORGANISATION ANCIENNE ET ACTUELLE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE ET DES RÉFORMES QU'ELLE NÉCESSITE.

LIVRE PREMIER.

LIVRE DEUXIÈME.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

LIVRE PREMIER.

LIVRE DEUXIÈME.

LIVRE TROISIÈME.

LIVRE QUATRIÈME.

DE LA COMPÉTENCE TERRITORIALE.

Sommaire. — 1. Ce livre a pour objet de déterminer, la juridiction commerciale étant compétente, quel sera en particulier le tribunal de commerce valablement saisi. —

LIVRE CINQUIÈME.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE DANS SES RAPPORTS AVEC LES ÉTRANGERS.

TROISIÈME PARTIE.

PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

FIN DE LA TABLE DU PREMIER VOLUME.

Ouvrages de Jurisprudence

ABAN. Lois de Douanes. . . . . . . 1 vol.
BAZOCHE. Manuel de compétence des tribunaux de commerce. . . . 1 vol.
BAZOCHE. Manuel du juré belge. . 1 vol.
BAZOCHE. Code des jurés belges . . 1 vol.
BAZOCHE. Droits de succession en Belgique. . . . . 1 vol.
BERRIAT-SAINT-PRIX. Cours de Procédure civile et criminelle . . . 3 vol.
BERRYER. Leçons d'Éloquence judic. 2 vol.
BILHARD. Traité des Référés . . . 1 vol.
BIOCHE. Dictionnaire de procédure. 4 vol.
BONCENNE. Théorie de la procédure civile. . . . . 2 vol
BULLETIN OFFICIEL des arrêts de Cassation de Belgique, 1832 à ce jour. . . . . 10 vol.
CARNOT. Comment. du Code pénal. 4 vol.
CARRÉ. Comm. du Code de procéd. 6 vol.
CARRÉ. Des Justices de paix. . . . . 2 vol.
CELLIER. La Philosophie du notar. 1 vol.
CHABROL. Dict. de Législat. usuelle. 2 vol.
CHARDON. Traité des trois puissan. 3 vol.
CHAUVEAU. Théorie du Code pénal. 4 vol.
CODE DU NOTARIAT. Actes législatifs de l'an 1800 à ce jour. . . . 1 vol.
CODE CONSTITUTIONNEL BELGE. 1 vol.
CODE DE L'ORGANIS. JUDICIAIRE. . 1 vol.
COMMENTAIRE DU TARIF des frais de procédure civile. . . . . . . 1 vol.
COMMENTAIRE DU TARIF des frais de justice criminelle. . . . . 1 vol.
CORMENIN. Droit administratif . . . 2 vol.
DALLOZ. Recueil périodique, années 1825 et suivants, 4 vol. par an.
DEVILLENEUVE. Pasicrisie. . . . .
DELVINCOURT. Institut. du droit com. 1 vol.
DELWARDE. Compétence civile. . . 1 vol.
DEMANTE. Programme du Code civil. 1 vol.
DESPRÉAUX. Compétence des tribunaux de commerce . . . . 1 vol.
DICTIONNAIRE d'Enregistrement . . 2 vol.
DICTIONNAIRE DES BOURGMESTRES. 1 vol.
DROIT ADMINISTRATIF en Belgiq. 1 vol.
DUCAURROY. Institutes de Justinien. 1 vol.
DUJARDIN. Traité des changes. . . 1 vol.
DUPIN. De la profession d'avocat. . 2 vol.
DUPIN. Manuel de droit. . . . . . . 1 vol.
…ERGIER. Le Dr… civil . . . . . 4 vol.
… . . . . . . 1 vol.
…IAT. . . . 1 vol.
…tres . . . 1 vol.
…ordre ju-
… . . . . 1 vol.
…ations 1 vol.

HÉLIAS D'HUDDEGHEM. Précis historique des institut. judiciaires. . 1 vol.
HENRION DE PANSEY. OEuvres. . . 1 vol.
JACQUINOT. Des Tribun. de police. 1 vol.
JURISPRUDENCE des Cours de France et de Belgique. 4 vol. par an. . . 4 vol.
LAGRANGE. Man. de Droit romain. 1 vol.
LEFEVRE. Formulaire général et raisonné de procédure. . . . . . . 1 vol.
LAVALLÉE. De la Formation des sociétés anonymes. . . . . 1 vol.
LAVENAS. Code des huissiers. . . 2 vol.
LEFÈVRE. Les Tarifs commentés . . 2 vol.
LEGRAVEREND. Législation crimin. 2 vol.
LERMINIER. Histoire du Droit. . . . 1 vol.
LEVASSEUR. Des Juges de paix. . . 1 vol.
LOCRÉ. Travaux des Codes . . . . 16 vol.
LOCRÉ. Code des Mines. . . . . . . 1 vol.
MACAREL. Jurispr. administrative. 1 vol.
MAKELDEY. Droit romain. . . . . . 1 vol.
MANGIN. De l'action publique. . . 1 vol.
MASSÉ. Le parfait Notaire . . . . . 3 vol.
MERLIN. OEuvres complètes . . . . 54 vol.
MONTGALVY. Traité de l'Arbitrage. 1 vol.
MOLLOT. Bourses de Commerce. . . 1 vol.
PAILLIET. Les Codes annotés. . . . 2 vol.
PAILLIET. Traité des Servitudes. . 1 vol.
PARDESSUS. Droit commercial. . . 3 vol.
PARDESSUS. Traité des Servitudes. 1 vol.
PERSIL. Des Hypothèques. . . . . . 1 vol.
PERSIL. De la Lettre de change. . . 1 vol.
PÉCHART. Formulaire d'actes. . . . 1 vol.
PIGEAU. Traité de Procédure. . . . 2 vol.
PAREZ. Journ. de l'Enregistrement.
PAREZ. Code de l'Enregistrement. 1 vol.
PAREZ. Diction. des arrêts d'Enreg. 1 vol.
PASINOMIE. Collection des lois belg. 30 vol.
PROUDHON. De l'Usufruit. . . . . . 5 vol.
PROUDHON. Du Domaine public. . . 2 vol.
PROUDHON. Traité du Domaine de propriété. . . . . 1 vol.
ROGRON. Les Codes expliqués. . . . 5 vol.
SIREY. Les Codes annotés. . . . . . 4 vol.
SPRUYT. Jurisprudence des cours Belgique 1814 à ce jour, 2 vol. par an.
TEULET. Diction. des Codes français. 1 vol.
THOMINE-DESMASURES. Comment. sur le Code de procédure . . . . . 4 vol.
TOULLIER. Le Droit civil. . . . . . 12 vol.
TROPLONG. Le Code civil expliqué. 7 vol.
VAN MONS. Dictionnaire de la Jurisprudence belge. . . . . 1 vol.
VAZEILLE. Des Prescriptions. . . . 1 vol.
WARNKOENIG. Hist. du Droit romain. 1 vol.
WARNKOENIG. Hist. du Droit belge. 1 vol.

